Die Voraussetzungen der hereditatis petitio, die Verpflichtungen des Verklagten und dessen Gegenansprüche.

Inaugural-Dissertation

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung der

juristischen Facultät der Universität Breslau

zur **Erlangung der Doctorwürde**

Sonnabend, den 10. März 1883, Mittags 12 Uhr

im Musiksaale der Universität

gegen die Herren Opponenten

Georg Schlesinger,
Franz Heisig, } Rechtskandidaten

öffentlich vertheidigen wird

Emanuel Cohn
Oberlandesgerichts-Referendarius.

Breslau.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G.
Ursulinerstrasse 1.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0118

Dem

Herrn Dr. jur. Ludwig Gitzler,

ordentlichem Professor des Rechts an der Universität Breslau
und Fürstbischöflichem Consistorialrath

in Dankbarkeit und Verehrung

der Verfasser.

§ 1.

Einleitung.

I. Während das römische Recht alle übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen mit dem Erbschaftsantritt ipso jure auf den Erben übergehen lässt, macht es den Erwerb des Besitzes der Nachlasssachen von der Apprehension abhängig:

l. 23 pr. D. 41, 2; l. 1 § 15. 47, 4.

Bis zur Besitzergreifung lag nach altrömischem Recht der Nachlass schutzlos da, und jeder Dritte konnte ihn straflos[1]) occupiren. Weder erblickte man darin ein furtum[2]) noch Verletzung fremden Besitzrechts, so dass der Occupant weder mit der actio furti oder condictio furtiva noch mit irgend einem possessorischen Interdict belangt werden konnte.[3]) Sollte man den Erben auf die petitorischen (freilich schwerer durchführbaren) Schutzmittel verweisen, da man ihm die possessorischen Interdicte und die Diebstahlsklagen, mit denen der Erblasser bei Lebzeiten aus widerrechtlicher Entziehung resp. Vorenthaltung seiner Sachen hätte klagen können, versagte? Es wäre aber einmal unbillig gewesen, den Erben auf der Passivseite als vermögensrechtlichen Vertreter des Erblassers zu behandeln und für die Schulden desselben verantwortlich zu machen, auf der Activseite dagegen zum

[1]) Das crimen expilatae hereditatis ist erst durch Mark Aurel eingeführt worden.

[2]) . . . . rei hereditariae nondum possessae non fit furtum: l. 6 § 6 D. 25, 2; l. 1 § 15 D. 47, 4.

[3]) Fabricius führt ausschliesslich darauf, dass der Nachlass in der älteren Zeit bis zur Besitzergreifung des Erben unter keinem Schutzstand, die Ausbildung, der hereditatis petitio zurück. Gegen ihn Arndts S. 4—6.

Nachtheil des Erben den Gedanken der Repräsentation fallen zu lassen.

Sodann führten auch in vielen Fällen die ererbten petitorischen Klagen nicht zum Ziel, so wenn es sich um Verfolgung von Sachen handelte, die der Erblasser nur detinirte und an deren Detention der Erbe rechtlich interessirt war.[1]) Aber auch wo die überkommenen Klagen geeignet waren, dem Erben entzogene Nachlassstücke zu verschaffen, war dieser doch zur Zeit der Legisaktionen, wo jeder Dritte durch den Besitz einzelner Erbschaftssachen die hereditas[2]) usucapiren resp. Theilerbenqualität (Leist, Fortsetzung von Glücks Commentar I. S. 173) erwerben konnte, der Gefahr ausgesetzt, dass jemand in Folge des Besitzes von Erbschaftssachen, von deren Vorhandensein der Erbe keine Kenntniss hatte, die hereditas usucapirte. Die Ersitzung wirksam zu unterbrechen, musste daher zu Gunsten des Erben ein Rechtsmittel geschaffen werden, welches abzielte auf Restitution alles dessen, was der Dritte aus der fremden Erbschaft besass. Freilich fiel dieses Bedürfniss hinweg, als gegen Ende der Republik nicht mehr die hereditas, sondern vielmehr die einzelnen Erbschaftssachen Gegenstand der Ersitzung wurden. Aber trotzdem behauptete sich die hereditatis petitio als ein Rechtsmittel, das den Erben hinweghob über die Nothwendigkeit, von dem Besitzer die einzelnen Erbschaftsstücke mit den betreffenden Specialklagen zu vindiciren, und mit einem Mal vom Gegner das abholte, was dieser letztere widerrechtlich besass.

II. Die hereditatis petitio entspringt aus der rechtlichen Stellung, in welcher sich der Erbe als solcher befindet[3]) und

[1]) Man denke an Sachen, die der Erblasser als Commodatar oder Depositar inne hatte und für die nunmehr der Erbe dem Eigenthümer haftet.

[2]) Wir schliessen uns hier der herrschenden Ansicht an, wonach die Worte des Gajus II, 54 auf die Ersitzung der Erbschaft (bezw. des Erbrechts) als eines von der Summe seiner Theile verschiedenen selbständigen Ganzen bezogen werden. Gegen diese Auffassung ist Hölder (Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, Erlangen 1881, S. 129—135) aufgetreten, der auch für die ältere Zeit als Objekt der usucapio pro herede die einzelnen Erbschaftssachen hinstellt.

[3]) Erbrecht in diesem Sinn.

richtet sich principiell gegen jeden die Erbenqualität des Gegners leugnenden Besitzer auf Herausgabe dessen, was er von der Erbschaft vorenthält. Bestritten wird hiervon zweierlei:

1. die Vindicationsnatur,
2. der Gegenstand der hered. pet.

1. Rosshirt,[1]) Glück,[2]) u. a. m. verkennen den dinglichen Charakter der Erbschaftsklage. Sie zählen dieselbe zu den persönlichen resp. dinglich persönlichen Klagen. Man macht geltend, dass unter gewissen Umständen der Erbschaftsschuldner der rechte Beklagte ist, dass ferner vom bonae fidei possessor, der den Kaufpreis einer veräusserten Erbschaftssache kreditirt hat, nur Abtretung der Klage verlangt werden kann, dass endlich l. 25 § 18 D. 5, 3 als Inhalt der Klage praestationes quasdam personales hervorhebt.

Diese Auffassung verwechselt die äussere Erscheinungsform mit dem Wesen und führt dahin, überhaupt jeden Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen aufzugeben. Entscheidend für die Vindicationsnatur der hered. pet. ist, dass ihr Fundament das gegen jeden Dritten verfolgbare Erbrecht bildet, wie denn auch die Intentio der Klagformel absolut gefasst war: hereditatem actoris esse.[3]) Dass man im einzelnen Fall aus dem absoluten Erbrecht eine persönliche Leistung einklagen durfte, ist kein genügender Grund, den dinglichen Charakter der hered. pet. zu leugnen. Man müsste sonst auch die dingliche Natur der rei vindicatio anzweifeln, weil ja unter Umständen ebenfalls persönliche Leistungen kraft Eigenthumsrechts eingeklagt werden können.[4])

2. Ein praktisch unfruchtbarer Streit dreht sich um die Frage nach dem Gegenstand der hered. pet. Die einen[5])

[1]) Arch. f. civil. Prax. B. X. S. 31 ff.
[2]) B. VII. S. 514.
[3]) Ausser der absoluten Fassung der Intentio weisen zahlreiche Quellenstellen auf den Vindications-Charakter der hered. pet. hin: Gaj. IV, 16, 17; l. 8 und 25 § 18 D. 5, 3; l. 27 § 3 D. 6, 1 u. a. m.
[4]) Ueber die praktische Bedeutung der Controverse cfr. weiter unten; Arndts S. 67, 68.
[5]) Dernburg § 2 Not. 2, Francke S. 2 u. 3, Windscheid § 611 n. 3.

sehen das Vindicationsobject in der Nachlassmasse, die anderen[1]) in dem Erbrecht, in dem Rechtsverhältniss des Erbeseins. Diese letzteren gehen davon aus, dass hereditas auch die subjective Bedeutung von Erbrecht habe, und dass vor allem mit der hered. pet. der Streit über das Erbrecht entschieden und überdies an zahlreichen Stellen successionem vindicare mit hereditatem petere gleichbedeutend[2]) genommen werde.

Die erste Ansicht, wonach den Gegenstand der hered. pet. die zur Erbschaft gehörigen Sachen und Rechte bilden, verdient den Vorzug. Wenn Gaj. IV. § 17 die hereditatis vindicatio neben die vindicatio rei stellt, wenn bei der hered. pet. die formula den judex auf Verurtheilung zur restitutio hereditatis anweist und l. 7 D. 44, 2 als petitum der hered. pet. die corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, bezeichnet, so kann mit hereditas nur der Nachlass, den der Beklagte besitzt, gemeint sein. Wie bei der rei vindicatio über das Eigenthumsrecht, so wird bei der hered. pet. über das Erbrecht entschieden, und wie man trotzdem für jene Klage als Object die Sache hinstellt, so wird man auch für diese als Gegenstand die Erbmasse bezeichnen müssen.[3])

A. Die Parteien bei der hered. pet.[4])

§ 2.

a. Der Kläger.

In der Person des Klägers ist Voraussetzung der hered. pet. Erbrecht. Dem Erben sind gewisse andere Personen gleichgestellt.

I. Ein Institut des jus civile, gewährte ursprünglich die hered. pet. nur dem civilen Erben Schutz.

---

[1]) Sintenis III § 190 n. 1. Arndts S. 20 ff.

[2]) Arndts S. 21 n. 28.

[3]) Arndts nimmt einen Wechsel in der Auffassung der römischen Jurisprudenz an (S. 21) und legt den klassischen Juristen die von ihm vertheidigte Ansicht unter (S. 20). Er giebt aber zu, dass diese Ansicht eine künstliche ist (S. 22) und dass schliesslich beide Bedeutungen des Wortes hereditas, die objective wie die subjective, in engster Beziehung zu einander stehen. (S. 18.)

[4]) D. 5, 3 u. C. 3, 31: de hereditatis petitione.

Zur Zeit der klassischen Juristen (cf. Leist im Glückschen Kommentar zu Buch 37 § 1600, Thl. II. der Serie Bücher 37 u. 38 S. 288 ff.) wurde sie utiliter dem prätorischen Erben gegeben.[1]) Von historischem Interesse sind die von Fabricius[2]) vorgebrachten Zweifel, ob die hered. pet. schon zur Zeit der klassischen Juristen auf den bonorum possessor erstreckt worden sei. Er leugnet es und hält die hered. pet. possessoria für eine Erfindung Justinians. Der Prätor habe, behauptet Fabricius, dem bonorum possessor die materiellen Vortheile der hered. pet. in der Weise verschafft, dass er ihm neben dem interdictum quorum bonorum die speciellen Klagen des Erblassers als utiles gewährte. Dass aber die einzelnen Klagen unzulänglich waren, die Rechtsstellung des Erben nach aussen zur vollen Geltung zu bringen, haben wir bereits im Eingang gesehen. Aber auch das interdictum war in seinen Wirkungen beschränkter und an engere Voraussetzungen gebunden[3]) als die hered. pet. Wenn es nun andererseits quellenmässig bezeugt ist, dass der bonorum possessor die vollen Rechte des civilen Erben genoss, dann konnte die Gleichstellung durch kein anderes Mittel als durch Uebertragung der hered. pet. vom civilen auf den prätorischen Erben durchgeführt werden.[4])

II. Mit der hered. pet. können ausserdem auftreten

a. der Erbschaftsvermächtnissnehmer, jedoch in beschränkter Weise: sie ist nicht anstellbar gegen den Fiduciar.
l. 54 pr. h. t.; l. 3 § 1 D. 5, 6.

b. der Fiskus, an den die Erbschaft als bona vacantia oder ereptoria gefallen ist.
l. 20 § 6, 7 h. t.

c. diejenigen Reehtssubjecte, die dem Fiskus hinsichtlich des Erwerbs der bona vacantia vorgehen (cf. Windscheid III § 570).

[1]) Die Digesten thun ihrer Erwähnung unter dem Namen possessoria hereditatis petitio in B. V, T. 5.

[2]) Rhein. Museum B. 4. S. 178 u. 209 bis 211.

[3]) Rosshirt, testamentarisches Erbrecht bei den Römern II. S. 47 u. 48; Arndts S. 112.

[4]) Arndts hat aus den Quellen die Existenz der hered. pet. poss. im Recht der klassischen Juristen (S. 50 bis 59) nachgewiesen.

d. der Erbe[1]) des Erben oder einer der unter a. bis c. genannten Personen;

e. derjenige, der vom Fiskus oder von einer unter c. bezeichneten Person die Erbschaft gekauft hat.

l. 54 pr. h. t.

Es fragt sich, ob auch jedem anderen Erbschaftskäufer die hered. pet. zu gestatten sei. Die Frage ist zu verneinen. Denn an sich gehen durch den Erbschaftskauf nur die in dem Nachlass steckenden körperlichen Gegenstände und Forderungen nach den gewöhnlichen Regeln des Kaufs auf den Käufer über. (cf. Unger B. 6, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, § 49 n. 3.) Dem scheint allerdings die

l. 4 § 28 D. 44, 4.

zu widersprechen, indem sie die exceptio doli des mit der hered. pet. von dem Erbschaftskäufer belangten Besitzers zurückweist. Der Kläger ist hier aber, wie Arndts R.-Lexicon B. IV. S. 209 n. 14 richtig bemerkt, zugleich Intestaterbe, zu dessen Gunsten der (näher mit dem Erblasser verwandte) zunächst berufene pretio accepto ausschlug. Wenn wir dem hereditatis emptor die Erbschaftsklage absprechen, so ist damit noch nicht behauptet, dass die hered. pet. überhaupt keiner Cession fähig sei. Im Gegentheil kann sie wie jede andere actio an den Erbschaftskäufer abgetreten werden; nur bedarf es dazu einer ausdrücklichen Willenserklärung.[2])

b. Der Verklagte.

§ 3.

Allgemeines.

Die hered. pet. geht grundsätzlich gegen jeden, der irgend etwas aus dem Nachlass rechtswidrig entzieht oder

[1]) Denn das mit der Erbschaftsklage verfolgbare Recht ist ein Vermögensrecht und als solches weiterer Vererbung fähig.

[2]) Die l. 54 pr. cit. trägt die Singularität auf der Stirn (und verbreitet damit die analoge Ausdehnung), indem sie die Analogie des Fideicommissars heranzieht und den Bruch in die logische Consequenz auf die aequitas gründet. Der fiskalische Erbschaftskäufer haftete unbedingt und ausschliesslich für die Erfüllung sämmtlicher erbrechtlichen Verpflichtungen, und es hätte die Billigkeit verletzt, ihm die Rechte des Erben zu schmälern.

vorenthält, sei es dass sich der Besitzer selbst Erbrecht beilegt, sei es, dass er schlechtweg die Aktivlegitimation seines Gegners bestreitet, ohne für seinen Besitz irgend einen rechtfertigenden Grund anzuführen. Im ersteren Fall besitzt er pro herede, im zweiten pro possessore. Macht der Besitzer ein eigenes Recht an der Sache geltend, ohne das klägerische Erbrecht anzutasten, dann ist — mit wenigen Ausnahmen — die hered. pet. als Klage zur Entscheidung des Streites um das bessere Erbrecht nicht begründet. Aus demselben Grunde ist der Detentor von Nachlassstücken der hered. pet. entzogen. Die Möglichkeit, die Erbschaftsklage anzustellen, setzt also in der Person des Verklagten voraus, dass er

α. ein Erbschaftsstück besitzt (§ 4) und zwar:

β. pro herede oder pro possessore (§ 5),

γ. den Besitzern pro herede und pro possessore sind gewisse andere Personen gleichgestelllt (§ 6).

§ 4.

α. Begriff der Erbschafts-Sache.

Passiv zur Klage legitimirt ist derjenige, welcher die Erbschaft ganz oder eine Quote derselben oder ein einzelnes Erbschaftsstück (eine körperliche oder unkörperliche Sache) inne hat. l. 9 h. t.

Erbschaftsstück ist zunächst ein Bestandtheil des Vermögens, das der Erblasser zur Zeit seines Todes besass. Unter dem Druck des praktischen Bedürfnisses und unter dem Einfluss der Anschauung, dass die Erbschaft ein von der Summe seiner Theile verschiedenes Vermögensganze ist und in ihrer Identität trotz des Wechsels der in ihr enthaltenen Stücke unberührt bleibt, wurde bis zum Antritt des wirklichen Erben die Zugehörigkeit zur Erbschaft fingirt[1])

[1]) Die Ausdrucksweise „Erbschaftsstück ist" oder „zur Erbschaft gehört" der Erwerb, den .... ist um deswillen ungenau, weil dadurch leicht die Vorstellung erweckt werden kann, als ginge der Neuerwerb unvermittelt auf den Erben über. Dass aber in Wahrheit derselbe zunächst im Vermögen des Besitzers bleibt und es eines besonderen Rechtsaktes bedarf, zur Uebertragung auf den Erben cf. unten § 7. Wir werden uns im Interesse der Kürze dieser incorrecten Ausdrucksweise im weiteren Verlauf der Darstellung bedienen.

für den Erwerb, den der Besitzer aus und mittelst Vermögensstücken der Erbschaft macht. Ferner gilt derjenige, der den Erblasser bei seinen Lebzeiten widerrechtlich einer Sache beraubte, in Bezug auf diese Sache als Besitzer eines Erbschaftsstückes. Endlich können auch nach dem Erbschaftsantritt Sachen des Erblassers, die der Erbe bereits innegehabt, deren Besitz er aber nachher wieder verloren hat, die Eigenschaft von Erbschaftssachen annehmen. Dagegen fallen die nach dem Erbschaftsantritt gemachten Erwerbungen des Besitzers prinzipiell nicht unter den Begriff der Erbschaftssache.

I. Erbschaftssache ist zunächst jedes Stück aus dem zur Zeit seines Todes vorhandenen Vermögen des Verstorbenen. Dahin gehören eigene Sachen, dingliche Rechte an fremder Sache, persönliche Rechte, ferner Sachen, an denen zwar blos thatsächliche, aber doch rechtlich gebilligte factische Beziehungen bestanden.

1. Die Sache wird Gegenstand der hered. pet., wenn sie im Eigenthum des Erblassers gewesen ist. Daher greift die Klage nicht Platz bei Sachen, deren Eigenthum erst in der Person des Erben erworben wird, wie dies der Fall ist, wo die Ersitzung vom Erblasser begonnen und vom Erben vollendet wird.

l. 19 § 1 h. t.

Dagegen ist die hereditate jacente usucapirte Sache dem Erblasser[1]) erworben und deswegen mit der Erbschaftsklage vindicirbar.

2. Desgleichen fallen die Sachen, an welchen der Erbe dingliche Rechte hatte, unter die hered. pet.

l. 19 pr. h. t.

Streitig ist dies in Bezug auf Servituten. Auf Grund der

l. 19 § 3 h. t.

wird die Unzulässigkeit[2]) der Verfolgung von Servituten durch die Erbschaftsklage behauptet: servitutes in restitutio-

[1]) Die hereditas jacens gilt als Repräsentant der Person des Erblassers: Ihering Abhandlungen S. 185 ff.

[2]) Glück B. VII S. 538 ff.; Sintinis III. S. 560 n. 17.

nem hereditatis non venire ego didici. Die Motivirung enthalten die Schlussworte: cum nihil eo nomine possit restitui sicut est in corporibus et fructibus, die gewöhnlich dahin ausgelegt werden, Gegenstand der Erbschaftsklage müsse ein restitutionsfähiges Object sein. Servituten könnten nicht restituirt werden und deshalb sei die Verfolgung derselben mit der hered. pet. ausgeschlossen. In Wahrheit nehmen die Quellen die Möglichkeit der Restitution von Servituten an, so l. 1 § 8 D. 43, 3, welche Stelle dem Legatar Herausgabe von Personal-Servituten anbefiehlt, in deren Besitz er sich eigenmächtig gesetzt hat. Auch l. 4 § 4. D. 8, 5 beweist, dass die Restitution von Servituten sehr wohl möglich ist. Nach Dernburg[1]) äussert sich die l. 19 § 3 cit. über die Zulässigkeit, mit der hered. pet. Servituten einzuklagen, gar nicht. Sie constatire nur die Unmöglichkeit, eine Servitut in derselben Weise wie eine körperliche Sache zu restituiren. Denn diese sei der ausschliesslichen factischen Herrschaft des Berechtigten fähig, jene nicht. Restituirbar sei bei Verletzung einer Servitut nur der Ersatz des Schadens, und so oft das Servitutenrecht verletzt werde, so oft dürfe in selbständiger Weise auf Entschädigung geklagt werden.

Daher könne die vom Erben angestellte actio confessoria nicht mit der Einrede zurückgeschlagen werden, dass ja bereits mit der hered. pet. Ersatz des Schadens eingefordert worden sei (exceptio rei judicatae). — Man bemüht sich aber vergeblich, aus den Worten der lex cit. den von Dernburg hineingelegten Sinn herauszubringen. Der Schlusssatz: sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur, deutet doch offenbar hin auf den Gegensatz zur hered. pet., deren Zulässigkeit in den Anfangsworten verneint wird. Die Stelle specialisirt also die Klage des Erben bei Verletzung der Servitut des Erbschaftsgrundstücks, ohne den Effekt der Klage zu betonen, während umgekehrt die Interpretation Dernburgs von der Klagenspecies absieht und nur

[1]) S. 84. 85.

den Erfolg der Klage accentuirt. — Ansprechender ist daher die Klage von Francke (S. 209, 211): Wenn dem Kläger im Erbschaftsprozess das strittige Grundstück restituirt worden ist, so sind damit ohne weiteres auch die demselben anhaftenden Servituten restituirt. Die Uebergabe des herrschenden Grundstücks setzt also den Erben zugleich in den Besitz der Servituten, und wenn dieselben verletzt werden, dann muss der Erbe die actio confessoria wählen. Nach Francke's Auffassung verneint somit die l. 19 § 3 cit. keines Falls die Zulässigkeit der hered. pet. zur Verfolgung von Servituten des Erbschaftsgrundstücks, sondern enthält nur eine Anwendung des Princips, dass Sachen des Verstorbenen, die Erbe bereits besitzt, mit der hered. pet. nicht einklagbar sind.

3. Mit der Erbschaftsklage sind Forderungen des Erblassers, gleichviel, ob sie aus einem Vertrag oder Delict herrühren, einklagbar:

l. 13 § 15 u. l. 14 h. t.

Erbschaftlich sind auch die Forderungen der Erbmasse, d. h. die der ruhenden[1]) Erbschaft erworbenen Forderungen.

4. Ferner gelten solche Sachen als erbschaftlich, an denen der Erblasser publicianischen Besitz hatte, oder die bei ihm deponirt, ihm geliehen waren

l. 19 pr., l. 18 h. t.

oder an denen ihm ein Retentionsrecht zustand.

l. 19 § 2 h. t.

Wir dürfen aber nicht soweit gehen und unterschiedslos alle Sachen, die der Erblasser nie im juristischen Besitz hatte, als Erbschaftssachen bezeichnen, oder, anders formulirt, es ist falsch, der hered. pet. »die Functionen der possessorischen Rechtsmittel« (Ihering, Grund des Besitzes Schutzes S. 90) beizulegen. Denn Grund der Vindicirbarkeit in den Fällen der l. 18 u. 19 cit. ist nicht, wie Ihering irriger Weise annimmt (S. 85 bis 90), die Thatsache des Besitzes, sondern das rechtliche Interesse des Erblassers

[1]) Aus dem Seite 18 n. 1 genannten Grund.

an den Sachen und das daraus fliessende Rechtsinteresse des Erben. Sachen dagegen, die der Erblasser ohne allen Rechtsgrund besass, sind mit der hered. pet. nicht vindicirbar, weil sie von der rechtlichen Vermögenssphäre des Erblassers ausgeschlossen sind, in die allein der Erbe eintritt und die er durch die hered. pet. nach aussen zur Geltung bringt (Bruns, die Besitzklagen 1874 S. 15 u. 16).

II. Unter den Begriff Erbschaftssache fallen ferner die Veränderungen, Erwerbungen und Zugänge, die die Erbschaft bis zum Antritt erfährt. Früchte dagegen können, auch wenn sie nach dem Antritt entstanden und percipirt sind, mit der hered. pet. eingeklagt werden.

1. a. Wenn der Besitzer Erbschaftssachen verkauft, so gilt der Kaufpreis als pecunia hereditaria. Hat er denselben kreditirt, dann wird die erworbene actio venditi zum nomen hereditatis, und der Erbe kann Cession der Klage mit der hered. pet. erzwingen.

l. 16 § 5, l. 20 § 17 u. l. 35 h. t.

Desgleichen bilden die einkassirten Erbschaftsschulden Gegenstand der hered. pet. Dasselbe gilt vom Gegengeschenk, das der Besitzer erhält in Erwiderung einer aus dem Nachlassvermögen geübten Liberalität.

l. 25 § 11 h. t.

b. Hat der Putativerbe die Erbschaftsklage gegen den Besitzer des Nachlasses angestellt und statt der Erbschaft den Werth erhalten, so wird der Werth Erbschaftssache und ist mit der hered pet. vindicirbar.

l. 16 § 2 h. t.

c. Die an den Besitzer gezahlte Entschädigungssumme für Verletzung oder Vernichtung von Erbschaftssachen resp. die daraus erworbene Forderung fällt gleichfalls unter die hered. pet. Wird der Erbschaftsbesitzer dejicirt, dann kann er daher auf Cession des Interdictum unde vi belangt werden.

l. 16 § 4 u. l. 40 § 1 h. t.

2. Die Sachen, welche der Besitzer für Erbschaftsgelder kaufte, werden nicht ohne weiteres erbschaftlich. Anderer-

seits können Sachen, die der Besitzer aus eigenen Mitteln kaufte, erbschaftlichen Charakter annehmen. Wir müssen nämlich unterscheiden, ob die Anschaffung für den persönlichen Bedarf des Besitzers oder im Interesse der Erbschaft[1]) erfolgt ist. Nur im letzteren Fall werden die angeschafften Sachen als Erbschaftsstücke betrachtet. Dabei ist gleichgültig, ob die Sache aus eigenen Mitteln des Erwerbers oder aus Erbschaftsgeldern erstanden wurde.

3. Die Surrogate der Nachlassstücke werden aber nicht nur insoweit als Erbschaftssachen behandelt, als sie dem wahren Werthe der ausgeschiedenen Stücke entsprechen. Vielmehr wird grundsätzlich aller Erwerb, den der Besitzer aus und mittelst Vermögensstücken der Erbschaft macht, erbschaftlich in dem Sinn, dass auf denselben dem Erben ein obligatorischer Anspruch zusteht. Im einzelnen ergreift die hered. pet. ausser dem Kaufpreis auch dessen Accessionen, beispielsweise auch die verwirkte Conventionalstrafe oder die verfallene Arrha.

l. 23 § 1 u. 25 pr. h. t.

Hat der Besitzer wegen Vernichtung von Erbschaftssachen mit der actio legis Aquiliae geklagt und das Doppelte erhalten, so nimmt eben das Doppelte die Qualität einer Erbschaftssache an.

l. 55 h. t.

Der Erwerb[2]) jedoch, der gemacht wird gelegentlich des Besitzes der Erbschaftssachen, gilt definitiv der Person des Besitzers erworben und ist sein eigener Gewinn. Was man aber unter einem Gewinn, der gelegentlich des Besitzes der Erbschaftssachen gemacht wird, zu verstehen hat, wird in den Quellen nicht erklärt. Sie führen nur als Beispiele an, dass der Besitzer das einkassirte indebitum lucriren darf

l. 20 § 18 h. t.

---

[1]) Dass ein dringendes Bedürfniss der Erbschaft befriedigt werden sollte, ist kein Erforderniss der Erbschaftsqualität (Francke S. 212).

[2]) Ulpian bezeichnet denselben in l. 20 § 3 h. t. mit extrinsecus acquisitum.

oder die verfallene Geldbusse, die der dritte Beklagte für den Fall seines Nichterscheinens vor Gericht versprochen hatte,

l. 24, h. t.

die im Interdicten-Process gewonnene Summe, die die Parteien gegenseitig für den Fall des Unterliegens stipulirt hatten,[1])

l. 24 h. t.

oder die Geldstrafe, zu welcher der Dritte verurtheilt wurde, weil er bei Gelegenheit der Beschädigung der Erbschaftssache den Besitzer beleidigte.

Wir glauben darnach nicht fehl zu gehen, wenn wir die Regel aufstellen, erbschaftlich wird aller Erwerb, den der Besitzer in seiner Eigenschaft als dominus der Nachlasssache macht. Die Jagdbeute z. B., welche der zur Erbschaft gehörige Hund apportirt, erwirbt der Besitzer aus dem Occupationsakt in seiner Eigenschaft als Occupant. Folgeweise wird sie nicht als Erbschaftsstück anzusehen sein. — Anders, wenn auf Grund der im Nachlass vorgefundenen Actien junge Actien bezogen werden. Die letzteren gelten als erbschaftlich, weil der Bezug derselben von dem Besitzer in seiner Eigenschaft als dominus der Stammactien erfolgt ist.

4. Im weiten Maass wird den Früchten von Erbschaftssachen die Erbschaftsqualität beigelegt. Wie Erbschaftsstücke sollen behandelt werden natürliche wie bürgerliche Früchte,

l. 13 § 7, l. 20 § 3, l. 27 § 1, l. 29 h. t. u. a. St.

ja selbst die Früchte von Früchten und — was das römische Recht betrifft — die ancillarum partus et partuum partus und der Sclaven-Erwerb.

l. 20 § 3, l. 27 pr., l. 32 h. t.

Dabei ist es gleichgültig, ob der Erbe in der Lage gewesen wäre, die Früchte und Nutzungen zu ziehen

l. 56 h. t.

und ob dieselben vor oder nach dem Erbschaftsantritt gewonnen sind: l. 20 § 3 in f. h. t.

---

[1]) cf. Gajus IV, § 161—167; Francke S. 265, 266.

III. Die Erbschaftsklage ist auch anwendbar zur Verfolgung gewisser Sachen, deren Besitz der Erblasser bei seinen Lebzeiten verlor. Die Quellen bieten dafür Beläge in l. 14 § 2 D. 4, 2; l. 6 § 5 D. 25, 2; l. 22 § 1 ibid.

Diese Stellen behandeln nur Sachen, die durch Beraubung aus dem Besitz des Erblassers gekommen sind, als Erbschaftssachen. Damit erledigt sich schon die Ansicht von Fabricius,[1]) der die hered. pet. für unzulässig erklärt zur Verfolgung von Sachen, die der Erblasser bei seinen Lebzeiten aus dem Besitz verlor. Es fragt sich aber, ob wir bei den Aussprüchen der Quellen stehen bleiben und nur den widerrechtlich dem Erblasser entzogenen Sachen Erbschaftscharakter aufprägen, oder ob in den citirten leges der Ausdruck des Princips enthalten ist, wonach auch derjenige, der wissentlich durch ein nichtiges Rechtsgeschäft die Sache von dem Erblasser erworben, als Besitzer einer Erbschaftssache zu betrachten sei. Ich glaube, man wird mit Windscheid (B. III § 614 n. 5) gegen die Behauptung Zimmermann's (Arch. f. c. Pr. B. XXIX S. 228, 229) Angesichts der l. 13 pr. und § 1 h. t., wo der fur und raptor mit dem, der wissentlich auf einen nichtigen Titel hin besitzt, bezüglich der Beklagteneigenschaft auf gleiche Stufe gestellt werden, die Quellenaussprüche zu dem genannten Princip generalisiren dürfen.

IV. In der Regel legen die Vermögensstücke des Verstorbenen in der Hand des Erben ihre Nachlassqualität ab, d. h. für ihre Verfolgung wird nunmehr die Herkunft vom Erblasser unwesentlich, indem sie gleich jedem anderen Vermögensstück des Erben den ausschliesslichen Rechtsschutz specieller Klagen geniessen. Denkbar aber ist, dass sich ein Dritter, Erbrecht prätendirend, in den Besitz gesetzt oder dass ihm als vermeintlichem coheres der Erbe einen Theil der Erbschaft herausgegeben hat. Behauptet nun der Be-

[1]) Die Beschränkung von Fabricius ist auch mit dem Wesen der hered. pet. als Universalklage, mit der die ganze Erbschaft, soweit sie der Gegner besitzt, verfolgt wird, unvereinbar; Arndts S. 7 und 8 u. Vangerow B. II S. 204.

sitzer Erbe resp. Miterbe zu sein, dann empfangen die Sachen ihren erbschaftlichen Charakter zurück: es erhebt sich ein Streit über das bessere Erbrecht, der mit der hered. pet. zum Austrag zu bringen ist.[1])

V. Der nach dem Erbschaftsantritt vom Besitzer gemachte Erwerb ist, weil der Person des Erben erst erworben, mit der hered. pet. nicht vindicirbar.[2])

l. 19 § 1, l. 36 § 2 u. l. 14 h. t.; u. v. St.

Das Gegentheil scheint l. 20 § 3 h. t. auszusprechen in den Worten: sed ea quae post aditam hereditatem accedunt, siquidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus non, quia personae possessoris accedunt. Gegenüber den oben citirten leges, wonach aller nach dem Erbschaftsantritt durch Vermögensstücke der Erbschaft gemachter Gewinn ausnahmslos Gegenstand von Einzelklagen wird, ist die Unterscheidung dieses Gewinnes in ea, quae ex ipsa hereditate accedunt und in ea quae extrinsecus und die Zulässigkeit der hered. pet., je nachdem derselbe der einen oder der anderen Kategorie des Erwerbes angehört, sehr auffallend. Deshalb bezieht die herrschende Ansicht mit der Glosse cf. Francke S. 214, 215 das post aditam hereditatem auf die unwirksame Erwerbshandlung des Putativerben. Gegen diese Auffassung ist neuerdings Schroeder (S. 71, 72) mit unzureichenden Gründen aufgetreten. Die Stelle spreche vom Antritt des wahren Erben, und das extrinsecus (acquisitum) deute »auf gewisse zu selbständigem Recht des Erben gestaltete Erwerbungen.« Freilich passt dazu nicht die Begründung quia personae possessoris accedunt. Man müsse das possessoris in petitoris emendiren. — Wir sehen, wie Schroeder nur auf Kosten des Sinns und Textes der Worte die gewöhliche technische Bedeutung von adita hereditas zu retten vermag.

---

[1]) So haben mit Recht Vangerow B. II S. 401, 402 und Arndts S. 8, 9 aus dem Wesen und Zweck der hered. pet. deducirt. A. M. Fabricius S. 166.

[2]) Abgesehen von den Früchten.

§ 5.

β. Der pro herede und pro possessore possessor.

Die hered. pet. wird veranlasst durch einen Eingriff in das Erbrecht, welcher regelmässig in der Entziehung resp. Vorenthaltung von Erbschaftssachen zu erblicken ist. Der Besitz fremder Erbschaftssachen involvirt aber keineswegs in allen Fällen Verletzung fremden Erbrechts. Wer sich z. B. auf das Eigenthum einer Sache beruft, weil er sie vom Verstorbenen gekauft und tradirt erhalten, leugnet nicht die Erbenqualität des Vindicanten, sondern bestreitet das Recht des Erblassers auf diese Sachen und das Recht des Erben nur insoweit, als letzterer keinen Anspruch hat auf das, was nicht zum Vermögen des Erblassers gehört: der Besitzer räumt die Thatsache des Erbeseins ein, negirt aber die Folgen, die der Gegner dieser Thatsache geben zu können glaubt. Die Veranlassung zur hered. pet. kann also naturgemäss nur ein bestimmt geeigenschafteter Besitz geben: die Vorenthaltung auf Grund der Bestreitung des gegnerischen Erbrechts. Eine solche Bestreitung lässt sich in doppelter Weise denken, entweder so, dass sich Besitzer auf eigenes Erbrecht stützt, oder so, dass er die Erbeigenschaft des Prätendenten bestreitet, ohne für sich Erbrecht zu beanspruchen und ein Recht auf den Besitz anzuführen. — Im letzteren Falle die Erbschaftsklage zu gestatten, war zudem die natürliche Folge der römischen usucapio pro herede. Darnach war es, wie bereits im Eingang erwähnt, jedem erlaubt, nach dem Tode des Erblassers, bevor der Erbe angetreten resp. sich in den Besitz der Erbschaft gesetzt hatte, eigenmächtig den Nachlass zu occupiren und durch fortgesetzten unangefochtenen Besitz in einem Jahr das Eigenthum dieser Sachen (ja bis gegen Ende der Republik das Erbrecht[1]) selbst) zu usucapiren. Erwägt man, dass die usu capio pro herede ursprünglich ein Mittel war, auch solchen Personen zur Erbfolge zu verhelfen, die auf diese nach Civilrecht keinen Anspruch hatten, so ist begreiflich, dass sehr häufig

[1]) cf. oben § 1 n. 3a in f.

(namentlich von den nächsten Blutsverwandten) wissentlich ein fremder Nachlass in Besitz genommen wurde, und dass der Occupant bezüglich der Ersitzung die rechtlich gleiche Behandlung des Putativerben genoss. Indess blieb dem Putativerben gegenüber der richtigen[1]) Ansicht nach der Unterschied, dass dem Erben wider den Occupanten, der nicht behauptet Erbe zu sein, neben der hered. pet. die Einzelklagen zu Gebote standen, so dass dieser, vom Erben mit Einzelklagen belangt, den Kläger durch die exceptio praejudicii zur Anstellung der Erbschaftsklage nicht zwingen konnte.

II. Im Widerspruch mit der herrschenden Lehre (cf. Windscheid III § 614 No. 1a) definiren wir den pro herede possessor für das Justinianische Recht als den gutgläubigen Besitzer von Erbschaftsstücken.

Bezüglich der Erbschaftsforderungen mag hier die (naturgemässe) Beschränkung hervorgehoben werden, dass nur der pro herede possessor (nicht also der pro possessore possessor) mit der Erbschaftsklage haftet.

1. Wer glaubt, Erbe zu sein, gehört unbedingt zu den pro herede possessores. Bestritten aber ist, ob auch der mala fide Erbrecht behauptende Besitzer als pro herede possessor zu betrachten sei. Die l. 11 in Verbindung mit l. 12 h. t. zählen scheinbar den arglistig Erbrecht vorgebenden Besitzer zu den pro herede possessores, und die herrschende Meinung subsummirt auf Grund der citirten leges denjenigen, der Erbschaft vorspiegelt, unter den Begriff des pro herede poss. Dies ist aber für die Zeit nach Hadrian schief und für das Justinianische Recht geradezu falsch. Vor Hadrian wurde freilich der lügnerisch Erbrecht behauptende Besitzer den pro herede poss. zugezählt (im Gegensatz zu den pro possessore poss. d. h. demjenigen, der nicht einmal vorgiebt, Erbe zu sein), da sich derselbe auf die Ersitzung beziehen durfte.

Gaj. II, 52 — 56.

---

[1]) Francke S. 144, 145, Leist, Fortsetzung von Glück, Serie der B. XXXVII u. XXXVIII I. S. 248, 249.

Als aber Hadrian durch das sogenannte S. C. Juventianum der Usucapion dem Erben[1]) gegenüber jede Wirkung entzog und den mala fide Erbrecht behauptenden possessor bezüglich der Restitutionspflicht mit dem praedo auf eine Stufe stellte, da minderte sich naturgemäss die Bedeutung der Unterscheidung des (improbus) pro herede poss. und des pro possessore poss. Immerhin aber äusserte die improba pro herede usucapio gegen Dritte die Rechtswirkungen der Ersitzung. Nachdem jedoch Justinian in l. 4 C. 7, 34 auch die letzten Reste der usucapio pro herede weggeräumt hatte, fehlte jeder innere Grund, den improbus pro herede possessor von dem pro possessore possessor zu unterscheiden. Wir müssen daher im Sinne des Justinianischen Rechts aus dem Begriff der possessio pro herede das Moment der mala fides ausscheiden und mit § 3 J. 4, 15 den pro her. poss. als denjenigen definiren: qui putat se heredem esse. Damit ist l. 11 u. 12 cit. wohl vereinbar. Wir dürfen (Fabricius S. 171, Arndts 35, 36) mit Sicherheit annehmen, dass die l. 11 cit. von einem bonorum possessor spricht, der freilich kein civiler Erbe ist, aber doch loco heredis unter prätorischen Schutz gestellt, dem pro her. poss. gleich behandelt wird (cf. Leist, Fortsetzung von Glücks Commentar B. 1 S. 260—263).

2. Gegen den Erbschaftsschuldner geht die hered. pet., wenn er als Putativerbe Tilgung der Schuld im Wege der Confusion behauptet, oder anders ausgedrückt, wenn der debitor hereditarius[2]) die Erbschaftsschuld pro herede inne hat. Es ist nicht richtig, diese Verschiedenheit in der Behandlung des Besitzes körperlicher oder unkörperlicher Nachlasssachen, wie es Leist thut (B. I. S. 249 u. 54), auf eine Inconsequenz der römischen Jurisprudenz zurückzuführen.

[1]) Auch der bonae fidei poss. war gehalten, die pro herede usucapirte Sache zu restituiren. Gegen die abweichende Ansicht Arndts S. 75 bis 103.

[2]) Gestützt auf l. 14, 15 h. t. werden wir zu den debitores hereditarii der l. 42 h. t. sowohl denjenigen, der dem Erblasser, als auch denjenigen, der der Erbmasse gegenüber Schuldner geworden ist, rechnen, obwohl l. 16 § 3 h. t. unter den Begriff des deb. hereditar. nur den Schuldner der Erbmasse zu subsummiren scheint.

Während man das Erforderniss der possessio pro poss. bei körperlichen Sachen als ausreichend für die hered. pet. angesehen habe, hätte man willkürlich beim debitor hereditar. das ausschliessliche Requisit der possessio pro herede festgehalten.

Arndts und Zimmermann finden den Grund der abweichenden Behandlung in dem Wesen der Aneignung einer Forderung.[1]) Die hered. pet. — so argumentiren sie — geht gegen denjenigen, der aus der Masse ein Erbschaftsstück besitzt. So lange nun die Forderung in dem Nachlass steckt, ist der Erbe Inhaber der Forderung, und somit fehlt die erste Voraussetzung der Erbschaftsklage: der Besitz auf Seiten des Gegners. Denn dadurch, dass der Schuldner die Erbenqualität seines nunmehrigen Gläubigers anzweifelt oder bestreitet, fällt die Forderung keineswegs aus dem Besitz des Erben heraus. Dies geschieht erst, wenn der vermeintliche Erbe Nachlasschuldner ist, durch Aneignung der Forderung kraft Confusion, die nur dadurch, dass sich der Schuldner selbst als Erbe gerirt, bewirkt wird.

III. Pro poss. poss. ist, negativ ausgedrückt, derjenige, der nicht pro herede besitzt, gar keinen Titel anführen kann oder nur einen solchen, dessen Nichtigkeit der Besitzer kannte.

1. Die hier vertretene Ansicht, dass aus dem Begriff der pro her. poss. das Moment der mala fides zu eliminiren ist, findet jedoch keinen Anhalt in l. 12 h. t. Wir müssen dies ausdrücklich bemerken, weil Fitting (Arch. f. Civ.-Pr. B. LII S. 242 n. 150) das vel per mendacium der l. 12 cit. mit »oder lügnerisch« übersetzt. Dann würde die Stelle unter den Begriff des pro poss. poss. zwei Personen-Kategorien stellen, nämlich

a. Personen, die kein Erbrecht beanspruchen,

b. Personen, die ein Erbrecht nur vorschützen.

---

[1]) Arndts S. 48 u. 49. Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. B. XXIX S. 219 u. 220.

Dass aber das vel per mendacium mit den vorangehenden Worten nec contendit se heredem einen Satz bildet und in der Stelle überhaupt nur von Einer Person die Rede ist, stellt ausser Zweifel die Uebersetzung der Basiliken 42, 1 l. 12: καὶ οὔτε ψευδόμενος ἑαυτὸν κληρονόμον εἰπών (Leist bei Glück I S. 257 ff.)

2. Zu den pro poss. poss. gehören diejenigen, deren Besitz auf keinen Rechtsgrund sich stützt.

l. 13 h. t.

Daher geht die Erbschaftsklage vor allem gegen den fur und raptor.

l. 13 pr. h. t.

Alle diese Sätze sind unbestritten. Sehr controvers aber ist, ob derjenige, dem zwar ein vollgültiger Titel zur Seite steht, dem aber der Besitz der Sache nicht auf Grun dieses Titels eingeräumt worden ist, sondern der sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat, als pro poss. poss. zu betrachten sei.[1]) Arndts (S. 38—46), Fabricius (S. 171, 172), Vangerow (B. II S. 405) bejahen es unbedingt, weil die offensive Eigenmacht überhaupt verboten sei, und wie sich der Dritte verantwortlich machen würde, wenn er dem Erblasser persönlich oder dem Erben die Sache weggenommen hätte, in gleicher Weise sei mit der Erbschaftsklage auch der zur Verantwortung zu ziehen, der eigenmächtig Sachen des besitzlosen Nachlasses occupirt hat.

Windscheid (III § 614 n. 5) u. a. behaupten das Gegentheil. Wer überhaupt einen Titel auf den Besitz habe, der besitze nicht sine ulla causa und sei daher kein pro poss. poss.

Bevor wir zu der Controverse Stellung nehmen, wiederholen wir, dass die hered. pet. in ihren Wirkungen unter Umständen nicht so weit reicht, wie die possessorischen Interdicte, und dass die Annahme, man könne in allen Fällen,

[1]) Mit dem Erblasser hat beispielsweise Jemand einen Kaufvertrag geschlossen, auf den hin demnächst die Tradition stattfinden sollte. Der plötzliche Tod des Verkäufers kommt aber der Tradition zuvor und der Berechtigte setzt sich selbst in den Besitz. — Oder es hat Jemand dem Erblasser eine Sache geliehen und holt sich diese Sache auf die Nachricht vom Tode des Commodatars

wo der Erblasser juristischen Besitz hatte, diesen auch dem Erben durch die hered. pet. verschaffen, mit dem Wesen der Erbschaftsklage unverträglich ist. Aber ebensowenig dürfen wir sagen, dass der eigenmächtig Zugreifende nicht sine ulla causa besitze. Wenn der Occupant keinen Anspruch hat, dass ihm der Besitz gerade in der Zeit, wo er sich desselben bemächtigt, eingeräumt werde, und durch die Besitzergreifung die Interessen des Erben eine Schädigung erfahren, dann besitzt er in der That sine ulla causa und gilt folgeweise als poss. pro poss.[1]) Hat dagegen der Occupant einen Rechtsanspruch auf den Besitz (so, wenn er die Sache dem Erblasser zur Verwahrung oder zum Commodat gegeben), dann ist eine poss. pro poss. keinenfalls zu statuiren.

Darnach ist also die Beantwortung der Frage, ob die eigenmächtige, auf einen vorausgegangenen Titel gestützte Besitzergreifung zum poss. pro poss. macht, abhängig von dem Vorhandensein und der Beschaffenheit der concreten Rechtsbeziehungen des Occupanten zu dem Occupationsobject.[2])

3. Pro poss. besitzen auch diejenigen, die recht wohl wissen, dass sie den blossen Schein eines Titels für sich haben. Dies Princip ist zwar in den Quellen nicht direct ausgesprochen, es darf aber wohl aus den in l. 13 § 1 h. t. angeführten Beispielen eines poss. pro poss. abstrahirt werden. Am schärfsten tritt es hervor bei dem ersten Fall der l. cit., wo Ulpian sagt, dass, wer von einem Geisteskranken kauft, wissend, dass Verkäufer geisteskrank ist, pro poss. besitzt. Der Käufer beruft sich hier auf die causa emptionis. Eine

[1]) Dies würde beispielsweise zutreffen in dem Fall, wo ein Kaufvertrag über ein Grundstück geschlossen und die Tradition desselben im Interesse des Erblassers, dem bis zu einem bestimmten Termin die Nutzung zu Gute kommen sollte, hinausgeschoben worden ist.

[2]) Die Gegenmeinung stützt sich auf l. 3. C. quor. bon. 8, 2 (l. un. C. Th. eod. 4, 21): quid jam planius, rescribiren Arcadius und Honorius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiam si quid possit tribui de proprietate luctamen? Die Stelle ist nicht beweistüchtig, weil sie vom Interdictum quor. bon. spricht, dessen Rechtssätze nicht ohne weiteres auf die hered. pet. übertragen werden dürfen. Windscheid III § 614 n. 5 in f.

emptio liegt aber juristisch nicht vor, weil Verkäufer handlungsunfähig ist.[1])

Dass auch die vom Erblasser ausgegangene Veräusserung unter Umständen zu einer poss. pro poss. führt, davon war oben im § 4, III in anderem Zusammenhang die Rede. — Wer dagegen vom Erben wissentlich aus einem nichtigen Titel eine Nachlasssache erwirbt, der besitzt zwar pro poss., ist aber der Erbschaftsklage entrückt, weil ja die Sache als Vermögensstück des Erben erworben wird. Darüber und über die Ausnahmen cfr. oben § 4 IV.

IV. Wer weder pro herede noch pro possessore besitzt, negirt das Recht des Erblassers, nicht das des Erben, und haftet daher mit Specialklagen.

l. 4 C. 7, 34.

Die pro herede oder pro possessore poss. setzt ferner voraus juristischen Besitz, und deswegen versagt die hered. pet. gegenüber dem Vertreter eines pro herede oder pro poss. poss.

l. 13 § 12 h. t.

Weigert indess der Detentor die Herausgabe der Erbschaftssache wider den Willen des Vertretenen, dann gerirt er sich als juristischer Besitzer, als poss. pro poss., und kann nunmehr mit der Erbschaftsklage belangt werden.[2])

§ 6.
Die dem pro herede und pro poss. poss. gleichgestellten Personen.

Von dem Prinzip, dass die hered. pet. gegen den pro herede und pro poss. poss. geht, haben die Römer eine Reihe

---

[1]) Indess charakterisirten manche der römischen Juristen auch den Besitz, dem ein vollgültiger Titel zu Grunde liegt, aus dem aber gleichwohl, wie es dem Erwerber bekannt war, die concrete Sache nicht erworben werden konnte, als possessio pro poss. Dieser Ansicht traten entgegen Paulus in l. 2 § 1 D. 41, 4 und Ulpian in l. 13 § 8 h. t.

[2]) Unter diesen Gesichtspunkt zieht Francke S. 174 mit Recht den Fall, wo der Erbe des für todt erklärten Verschollenen von dem curator bonorum absentis die Restitution des Nachlasses vergeblich fordert. Die Weigerung macht den Curator zum poss. pro poss. und setzt ihn der Erbschaftsklage aus.

von Ausnahmen statuirt, theils in der Richtung des Besitztitels, theils in der Richtung des Besitzes überhaupt.

I. Die hered. pet. wurde zeitig gegeben:

a. als utilis[1]) gegen den Universalfideicommissar, dem der eingesetzte Erbe die Erbschaft restituirt hat.

l. 20 § 13 h. t.; l. 1. C. 3, 28; l. 13. § 2, 6. h. t.

b. Gegen den Fiskus, wenn er die als bona vacantia eingezogene Erbschaft besitzt.

l. 10. C. 3, 28.

c. Gegen den Käufer einer Erbschaft oder einer Quote derselben.

l. 13. § 8 u. 9. h. t.; l. 10. C. 3, 28.

Indess finden die bei der hered. pet. bezüglich der Restitutionsverbindlichkeit des Verklagten geltenden Rechtssätze auf den emplor universitatis keine Anwendung (cfr. unten S. 35—37).

d. Gegen den Ehemann, der eine Erbschaft zur dos erhalten hat. l. 13. § 10 h. t.[2])

e. Dass der Erbe des pro herede und pro poss. poss. sowie der ihnen gleichgestellten Personen mit der Erbschaftsklage belangbar ist, folgt aus dem allgemeinen Erbprinzip, wonach der Erbe des Verstorbenen Besitz mit den demselben anhaftenden Fehlern und Vorzügen erhält.

l. 11. D. 44, 3.

Für den Erben des pro herede und pro poss. poss. bestätigen es noch besonders die Quellen in l. 13 § 3 h. t., wo zugleich hervorgehoben wird, dass für Anstellung der Erbschaftsklage die Meinung des Erben, sein Erblasser habe titulo singulari erworben, irrelevant ist. Aber auch für den Erben des Erbschaftskäufers enthalten die Quellen einen unmittelbaren Beleg in l. 13 § 11. h. t. Freilich wurde die Stelle nicht immer in diesem Sinn verstanden (Cujacii

[1]) Die hered. pet. wurde nur utiliter gegen den Fideicommissar gegeben, weil seine Erbfolge eine indirecte war, vermittelt durch die Person des Fiduciar, und weil er auch noch zur klassischen Zeit in gewissen Fällen in singulas res succedirte.

[2]) Wenn die l. cit. als Bestellerin der dos gerade eine mulier bezeichnet, so ist dies wohl nur im exemplificativen Sinne aufzufassen.

obs. IX, 25). Ihr Inhalt bildete schon in der Zeit der Glossatoren den Gegenstand lebhaften Streites und ist auch heut noch nicht allem Zweifel entzogen. (Fitting Arch. f. civ. Pr. 52, S. 244). Unter dem pro emptore poss. des § 11 der l. 13 kann nur ein emptor hereditatis gemeint sein. Denn die ganze l. 13 spricht von der Person des Beklagten bei der hered. pet. und erwähnt in diesem Zusammenhang in 4 Paragraphen (4, 5, 8 u. 9) den emptor hered., und so dürfte sie schliesslich, ohne Missverständnisse zu befürchten, den Erbschaftskäufer, als sie in derselben lex (im § 11) zum fünften Mal von ihm sprach, kurz mit pro emptore possessor bezeichnen. Mag man nun den Schlusssatz des citirten § 11 von einem anderen Erben und einem anderen Erblasser als von dem im Eingang des § 11 bezeichneten heres resp. defunctus verstehen, wie Wetzell (Vindications-Prozess S. 136—138) will, oder von demselben Erben und demselben Erblasser, wie es Francke S. 165 vertheidigt, jedenfalls ist der Sinn des citirten § 11 der, dass der Erbe eines Erbschaftskäufers mit der Erbschaftsklage haftet, weil der Erbe des pro herede oder pro poss. poss. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen passiv zur Klage legitimirt ist, und bezüglich der Beklagten-Eigenschaft der Erbschaftskäufer dem pro herede resp. pro poss. poss. gleich steht.

II. Die hered. pet. setzt in der Person des Beklagten principiell gegenwärtigen Besitz voraus. Ausnahmsweise richtet sie sich auch gegen den Nichtbesitzer.

1. Das S. C. Juventianum statuirt eine Haftung des malae fidei poss., qui fecit quominus possideat.[1])

l. 20. § 6 h. t.

Mit Rücksicht auf die Haftung trotz mangelnden Besitzes spricht hier die Theorie von einem fictus possessor.

[1]) Diese Bestimmung zieht Paulus in l. 27 § 3 D. 6, 1 heran, um eine gleiche Haftung für die rei vindicatio zu rechtfertigen. Die Analogie der Haftung ex SC. Juvent. dürfen wir aber nicht dahin verstehen, als sei sie erst durch das erwähnte SC. Rechtens geworden. Sie ist vielmehr schon Labeo bekannt (der auch den bonae fidei poss. für culpa in der Vorprozesszeit haftbar macht), wie aus l. 18 pro l. t. erhellt, und hatte im Edikt selbst gesetzlichen Ausdruck gefunden. l. 1 pr. D. 43, 2.

Ueber die Bedeutung der angeführten Worte der l. 20 § 6 herrscht aber Meinungsverschiedenheit.

Glück (B. VII. S. 527) versteht unter dem sogenannten fictus possessor denjenigen, der die Sache veräussert in der Absicht, den Anspruch seines Gegners illusorisch zu machen. Wetzell (Vindicationsprocess S. 133) nennt denjenigen fictus possessor, der den Besitz aufgegeben hat, um die Klage von sich abzustreifen oder um dem Vindicanten einen gefährlicheren Gegner gegenüberzustellen. Beide setzen also das Wesen des fictus possessor in die chicanöse Veräusserungsabsicht. Damit aber legen sie in den Begriff mehr hinein, als in den Worten der l. 20 § 6 cit. enthalten ist. In Wahrheit gehört zum Begriff des fictus possessor nichts weiter als die mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vorgenommene Entäusserung.[1]) In welcher Form sich die Besitzaufgabe vollzieht, ob die Sache vernichtet, verzehrt, verkauft wird, ist ebenso gleichgültig wie die dabei obwaltende Absicht. Zum Wesen des fictus possessor gehören sonach nur zwei Momente:

a. das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und

b. die Entäusserung,

und diese beiden Momente betont Ulpian in l. 13 § 2 h. t., wo er den in einem nichtigen Testament eingesetzten und trotz Kenntniss der Nichtigkeit restituirenden Erben als fictus possessor charakterisirt mit den Worten si scit et restituit[2]). Selbst wer nie etwas von der Erbschaft besessen hat, haftet mit der hered. pet., wenn er se offert petitioni. l. 13 § 13 u. l. 45 h. t.

[1]) Der wissentlichen Entäusserung steht die absichtliche Unterlassung des Besitzerwerbs von Erbschaftsstücken gleich. l. 25 § 8 u. l. 25 § 2 h. t.

[2]) Nach dem älteren römischen Recht konnte der unredliche Besitzer im Fall der Veräusserung fremder Sachen nicht gezwungen werden, die Klage zu übernehmen, als besässe er dieselben noch. Er war nur haftbar mit der actio in factum propter alienationem judicii mutandi causa factam (D. 4, 7), welche Klage an sehr eng begrenzte Voraussetzungen gebunden war (cf. Glück B. 6 S. 58—61) und auf das Interesse ging, das der Benachtheiligte daran hatte, alium adversarium eum non habuisse: l. 1 pr. inf. D. 4, 7. Die praktische Anwendbarkeit der genannten actio für das heutige gemeine Recht vertheidigt Glück B. 6, S. 63 und 64.

Der Sinn dieser Worte ist gleichfalls streitig. Eine Reihe von Schriftstellern (cf. die Citate bei Francke S. 176 n. 5) legen den Sinn unter, dass jeder, der sich zu irgend einer Zeit dem Kläger gegenüber für den Besitzer ausgegeben, mit der hered. pet. belangt werden könne. Der dolus sei in dem Moment, wo er sich arglistig als Besitzer gerirt, vollendet, so dass der Rücktritt vor der Litiscontestation für die Anstellung der Erbschaftsklage einflusslos sei. Denn nach l. 27 pr. D. 6, 1 helfe es ihm nicht, wenn er vor der Einlassung in den Prozess seine Behauptung zurücknehme. Die Stelle bezeugt dies aber keineswegs, weil sie von einem Falle spricht, wo bereits lis contestata est (Francke S. 177.)

Gerade das Gegentheil ist vielmehr in den Worten der l. 25 D. 6,1 ausgesprochen: ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui discessit.

Glück B. VIII. S. 203 n. 2 unterscheidet zwischen dem, der Besitz vorspiegelt, um Zeit zu gewinnen, den Eigenthümer des Rechtsmittels gegen den wirklichen Besitzer (damit dieser inzwischen usucapire) zu berauben, und dem, der in der Absicht, dem Eigenthümer die Verfolgung seines Rechts zu erschweren (damit der Besitzer den Aufschub benutze, das Streitobject zu verstecken oder mit sich ins Ausland zu nehmen), arglistig Besitzer zu sein behauptet. Letzterer nur wende durch seinen vor der Litiscontestation erfolgten Rücktritt die Haftung mit der hered. pet. ab. Wenn aber inzwischen der wahre Besitzer usucapirt habe, dann sei derjenige, der Besitz vorspiegelt, mit der hered. pet. belangbar, auch wenn er vor der Einlassung zurückginge. Nur müsse der Vindicant, bevor er klage, in Gegenwart von Zeugen erklären, dass er ihn demnächst wegen seines dolus belangen werde. Dies Erforderniss der förmlichen Erklärung findet Glück in dem Wort testatio der l. 27 pr. cit.

Einen solchen Unterschied macht aber die citirte l. 25 nicht, und das Wort testatio der l. 27 heisst Beweis. [1])

So müssen wir im Sinne der Quellen denjenigen mit der hered. pet. haftbar machen, der sich auf die Klage arglistig einlässt, obwohl er die Sache nie besessen. [2])

B. Verpflichtung des Verklagten.

§ 7.

Allgemeines.

Der römische Judex wurde, so lange per formulam geklagt wurde, in der Klagformel: [3])

> si paret A^i A^i hereditatem, qua de agitur, ex jure Quiritium A^i A^i esse neque eam N N A^o A^o arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit, A. p. N^m N^m A^o A^o condemnato, s. n. p. a.

angewiesen, auf Herausgabe dessen zu erkennen, was der Beklagte als Erbschaftsstück in Händen hatte.

Der Restitutionsakt selbst nimmt je nach dem Gegenstand verschiedene Formen an. Die ursprünglichen Erbschaftsstücke bedürfen der blossen thatsächlichen Besitzübertragung; der Neuerwerb dagegen muss durch eine besondere, je nach dem Object verschieden gestaltete Rechtshandlung in das Vermögen des Erben übergeleitet werden: die neu angeschafften Sachen durch Tradition, die erworbenen Forderungen durch Cession.

l. 16 § 4, 5, 3, 7; l. 18 pr., l. 40 § 2 h. t.

Es fragt sich aber, wie weit darüber hinaus der Besitzer haftet

a. für verschlechterte, untergegangene, consumirte, veräusserte Erbschaftsstücke (§ 8),
b. für nicht gezogene Früchte und Zinsen (§ 9).

---

[1]) Kläger muss die wissentliche Einlassung selbstverständlich beweisen. Näheres über die Beweislast Francke S. 177.

[2]) Vorheriger Rücktritt begründet möglicherweise die actio doli.

[3]) So die Kellersche Fassung, Römischer Civilprocess § 28. Vertheidigt von Schroeder. S. 3—8.

§ 8.

Ersatzpflicht für das früher als Erbschaft Besessene.

Die Haftung für ursprüngliche Nachlassstücke regelt sich zum grossen Theil nach einem Senatsbeschlusse aus der Zeit Hadrians, nach dem sogen. SC. Juventianum.

Veranlasst durch einen fiskalischen Erbschaftsprocess, war derselbe für die hered. pet. des Fiskus berechnet, wurde aber nachher auf die Erbschaftsklage der Privatpersonen ausgedehnt.

l. 20 § 6, 11 h. t., l. 1 pr. C. h. t.

Freilich enthält das SC. weder eine erschöpfende legislative Normirung der Haftpflicht, noch durchweg neues Recht. Seinen Hauptinhalt bildet die Abgrenzung der Haft des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers aus veräusserten Nachlassstücken gegenüber den Prästationen des bösgläubigen, wobei vielfach, wie unter anderen Dernburg S. 17, 21, 22 und Arndts S. 63—67 nachgewiesen haben, bestehendes Recht sanctionirt wird.[1])

I. Mit dem Senatusconsult müssen wir bei der Darstellung der Haftpflicht unterscheiden, ob der Besitzer in gutem oder bösem Glauben war, und ob die Veränderung der Erbschaftsstücke vor oder nach der Ladung eingetreten ist.

1. Die gutgläubigen Erbschaftsbesitzer bezeichnet das Senatusconsult[2]) mit ii, qui se heredes esse existimant, und stellt sie in Gegensatz zu den malae fidei prossessores (praedones genannt), zu den ii, qui bona invasissent cum scirent ad se non pertinere.

Darnach erscheint als das unterscheidende Kriterium ausschliesslich das subjective Moment, der individuelle Glaube. Auf die Entschuldbarkeit des Irrthums kommt nichts an, wie Ulpian in l. 25 § 6 in f. h. t. ausdrücklich hervorhebt: et non puto hunc esse prädonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret.

[1]) Namentlich zeigen l. 18 bis 20 § 5 und 6, l. 36 pr. und l. 31 § 5 h. t., dass gewisse Bestimmungen des Senatusconsult schon vorher durch die Doktrin ausgebildet waren.

[2]) Den Inhalt des Senatsbeschlusses referiren die Digesten in l. 20 § 6.

Man halte nicht entgegen, dass das nämliche Senatusconsult den gutgläubigen Besitzer charakterisirt als is qui justas causas habuisset, quare bona ad se pertinere existimasset. Die vorangehenden Worte rechtfertigen die Behauptung, dass justa causa nur hinzugefügt ist, um den Gegensatz zu dem sine causa occupirenden praedo scharf hervortreten zu lassen. Bestätigt wird diese Auffassung durch l. 25 § 3 in f. h. t.

2. Die Haftung des Besitzers verschärft sich nach den SC. Juventianum ex eo tempore quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset.

Dass die Worte die Schärfung der Haft an einem früheren Zeitpunkt als an den der Litiscontestation knüpfen, ist zweifellos. Angesichts der Thatsache aber, dass nach den Quellenaussprüchen bei allen anderen Klagen erst der Moment der Litiscontestation die Haft des Beklagten steigert, wurde die Frage controvers, ob diese Bestimmung des Senatsbeschlusses auf fiskalische Erbschaftsprozesse beschränkt blieb, und ob man im übrigen bei Erbschaftsstreitigkeiten Privater den Zeitpunkt der Litiscontestation festzuhalten habe. Savigny, System des heutigen römischen Rechts B. VI. S. 93, 94, beschränkt die genannte Bestimmung auf die hered. pet. des Fiskus und erklärt die Abweichung der fiskalischen Erbschaftsklage dahin, dass die Fiskalklagen im reinen Beamtengericht verhandelt wurden. Von einer Litiscontestation, die noch zur Zeit Hadrians die Scheidung in jus und judicium voraussetzte, konnte beim Beamtengericht keine Rede sein und da hätte das Senatusconsult in der obigen Bestimmung ein Surrogat der Litiscontestation geschaffen. — Wenn also Savigny die Ausdehnung der betreffenden Bestimmungen auf Erbschaftsstreitigkeiten Privater leugnet, wie erklären sich dann Aussprüche der Quellen, die auf das Bestimmteste die praktische Anwendbarkeit auf Erbschaftsstreitigkeiten von Privatpersonen bezeugen?

l. 20 § 6 und 11, l. 25 § 7 h. t.

Richtiger werden wir die in Frage stehenden Normen auf private Erbschaftsprozesse ausdehnen. Es fragt sich aber dann weiter, welches ist der Zeitpunkt, den die oben citirten Worte des Senatusconsult ins Auge fassen. Ulpian präcisirt denselben in § 11 l. 20 mit den Worten: ex quo quis scit a se peti und fügt am Schlusse hinzu, quicunque ergo fuit, qui denuntiavit, nocebit. Nach Donellus soll damit der Moment bezeichnet sein, in dem der Beklagte von irgend beliebiger dritter Seite Kenntniss von der Klageanstellung erhielt. Es wäre aber unbillig, vom Besitzer ohne Rücksicht auf die concreten Umstände eine grössere Diligenz zu verlangen, weil ihm von irgend einer Person mitgetheilt wurde, dass ein Erbprätendent gegen ihn auftreten werde. Aber auch sprachliche Bedenken machen sich gegen Donells Auffassung geltend. Denn denuntiare weist auf eine förmliche Ladung hin. Wir schliessen uns daher Francke S. 240 an und beschränken das quicunque ergo fuit qui denuntiavit[1]) auf die Benachrichtigung von der gerichtlichen Ladung, ausgehend vom Erben oder seinem Stellvertreter. Diese Benachrichtigung wird in der Regel mit der Zustellung der Klage zusammen fallen, kann aber derselben auch vorausgehen oder nachfolgen.

II. Aus den vor der Ladung[2]) auf die Erbschaft gerichteten Handlungen des bon. fid. poss. soll demselben kein Schaden erwachsen. Doch soll er auch umgekehrt in seiner Eigenschaft als Putativerbe keinen Vortheil haben. Dieser Gedanke liegt der Bestimmung zu Grunde, dass der bon.

[1]) Das »denuntiare« (scil. litem) hat hier die technische Bedeutung der vor Zeugen stattfindenden aussergerichtlichen Ankündigung des Rechtsstreites von Seiten des Klägers an den Beklagten, wie sie Mark-Aurel als Einleitungsform des Processes eingeführt und an die Stelle der Förmlichkeiten des Vadimonium gesetzt haben soll. (Keller, der röm. Civilprocess § 48). Im Justinianischen Recht ist die litis denuntiato antiquirt und statt derselben kam die gerichtliche Ladung in Uebung, weswegen wir im Sinne Justinians das denuntiare der l. cit. mit »gerichtlich laden« übersetzen.

[2]) Im Interesse der Kürze wollen wir im weiteren Verlauf der Darstellung die Benachrichtigung von der gerichtlichen Ladung kurz mit »Ladung« bezeichnen und die Zeit vor der Benachrichtigung mit »Vorprocesszeit.«

fid. poss. nicht ersatzpflichtig ist für die Minderungen der Erbschaft durch Handlungen der Vorprocesszeit, sondern nur die zur Zeit des Urtheils vorhandene Bereicherung herauszugeben hat. Nach anderen Normen aber regelt sich der richtigen Meinung nach die Haftpflicht des redlichen Erbschaftskäufers.

1. Wie wir aus l. 18 h. t. ersehen, war bis Hadrian der Inhalt und Umfang der Haft des bon. fid. poss. gegenüber der Leistungsverbindlichkeit des mal. fid. poss. streitig. Zu Gunsten des redlichen Besitzes entschied das Senatusconsult, dass er usque eo dumtaxat, quo locupletior ex ea re factus esset, haften solle. Im Einzelnen begrenzt darnach Ulpian in l. 25 § 11—16 die Haftpflicht des bon. fid. poss. folgendermassen.

a. Den Inhalt der Bereicherung bestimmt Ulpian im § 16 der citirten lex dahin, dass sie ausser dem vorhandenen Ueberrest die ersparten Werthe, d. h. auch den Werth dessen umfasst, was der Besitzer aus der Erbschaft verwandte zur Befriedigung nothwendiger, laufender Bedürfnisse, die er eventuell aus eigenem Vermögen bestritten hätte.

b. Der Zeitpunkt, auf den bei der Frage nach dem Vorhandensein der Bereicherung gesehen wird, ist der des Urteils. l. 36 § 4 h. t.[1])

Wenn also die Bereicherung während des Prozesses schwindet, so haftet er — vorausgesetzt dass dem Besitzer nach der Ladung keine culpa zur Last fällt — gar nicht.[2])

c. Wie einerseits die Minderungen der Erbschaft durch luxuriöses und verschwenderisches Leben der Vorprozesszeit auf die Schulter des Erben gewälzt werden, so hat andererseits der Besitzer selbst den Schaden zu tragen, wenn er in

[1]) Die Stelle gab zu Zweifeln Anlass, da sie fälschlicherweise bezogen wurde auf Handlungen, die der Besitzer nach der Ladung vornimmt. Näheres bei Francke S. 353—355.

[2]) Den Grund, warum der bon. fid. poss. im Laufe des Processes von der Gefahr frei ist, findet Paulus in l. 40 pr. h. t. in seiner bona fides, die es ihm gestattet, sein vermeintlich gutes Recht zu vertheidigen. Die Unterlassung sofortiger Restituirung auf Grund erhobener Klage versetzt ihn daher nicht in mora, weshalb auch die Steigerung der Haft auf casus unterbleibt.

dem Glauben, er sei nunmehr ein reicher Mann geworden, sein eigenes Vermögen verausgabt, indem er grösseren Aufwand als früher macht, Schulden contrahirt u. s. w.

l. 25 § 12—14 h. t.

2. Wie gestaltet sich der Anspruch des Erben auf die Bereicherung, wenn der Besitzer ein Erbschaftsstück verkauft und dasselbe vom Käufer oder einem Dritten wohlfeiler zurückgekauft hat?

Die zurückgekaufte Sache ist jedenfalls der hered. pet. entzogen, weil sie der Putativerbe nunmehr pro emptore besitzt. Statt derselben wird das pretium Gegenstand der Erbschaftsklage, jedoch keinesfalls immer das volle, weil ja dann, wenn der Betrag des herauszugebenden pretium den objectiven Werth der Sache übersteigt, der Besitzer aus seiner auf die Erbschaft gerichteten Handlung des Verkaufs Schaden erleiden würde. Die Schwierigkeit zu lösen, giebt Paulus in l. 22 h. t. dem Beklagten auf, die Sache und den Profit, den er aus Kauf und Wiederkauf gemacht hat, zu übergeben.

3. Aus dem Satze des Senatusconsults, dass die Haftung des redlichen Besitzers auf die Bereicherung beschränkt ist, folgt die Entscheidung der Frage, ob der Erbe die Herauszahlung des Kapitals, das der Besitzer aus dem Erbschaftsvermögen ausgeliehen, zu fordern berechtigt ist, oder nur Abtretung der Forderung. Ist der beliehene Schuldner unsicher oder hat er bereits Abschlagszahlungen geleistet, die vom redlichen Besitzer consumirt sind, so würde die Verurtheilung auf Herausgabe des Kapitals gegen das Senatusconsult verstossen. Daher hat der redliche Besitzer die Wahl, entweder das ausgeliehene Kapital mit den gewonnenen Zinsen, soweit er bereichert ist, zu erstatten oder die Forderung zu cediren: l. 18 u. l. 30 h. t.

4. Dass der vielfach gelehrte Satz, dem redlichen Erbschaftsbesitzer dürfe auch kein mittelbarer Schaden aus seiner Stellung als vermeintlicher Erbe erwachsen, in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, sehen wir diese S. oben. Es giebt aber Fälle, wo er auch vor indirectem Schaden geschützt

wird, so besonders beim Verkauf von Erbschaftsstücken. Dies wird bezeugt in der viel bestrittenen

l. 25 § 17 h. t.

Hier wird die Frage aufgeworfen, ob Erbschaftsstücke, die der bon. fid. poss. verkauft hat, vom Käufer mit der rei vindicatio des Erben abgefordert werden können, wenn

a. der Verkäufer aus dem Kaufpreis nicht oder nicht mehr bereichert ist, oder
b. wenn der Erbe vom bon. fid. poss. die Bereicherung bereits erhalten hat.

Im Fall ad a. greift die Erbschaftsklage gegen den Verkäufer — den Putativerben — nicht Platz. Daraus könnte man die Unzulässigkeit folgern, den gegen den Käufer klagenden Erben auf den Verkäufer mit der exceptio quod. praej. hereditati non fiat zu verweisen, da diese exceptio im Grunde die prozessuale Bedeutung hat, zu verhindern, dass einem bevorstehenden Erbschaftsstreit vorgegriffen und die Frage über das bessere Erbrecht nur nebenbei entschieden werde.[1])

Darnach bliebe dem Käufer nichts anderes übrig, als die Sache dem Erben auszuantworten und gegen den Verkäufer mit der actio empti Regress zu nehmen.[2]) Dadurch würde aber letztere gegen die Bestimmung des SC. Juventi genöthigt, über die Bereicherung hinaus zu leisten. Ueberdies ist die Möglichkeit vorhanden, dass der Putativerbe gegen den Kläger, dem der Käufer die Sache ausgeantwortet, vorgeht und die Frage nach dem besseren Erbrecht schliesslich doch zur Entscheidung kommt. — Von diesen Erwägungen geleitet, unterscheidet Ulpian, ob Verkäufer regresspflichtig ist oder nicht. Im ersteren Fall wird Verkäufer auf Kosten des Erben geschützt, indem man den Kläger die exc. quod. praejud. gestattet. Im letzteren Falle gewährt Ulpian nur dann die

[1]) l. 25 § 17 h. t. . . . . quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum.

[2]) l. 25 § 17 . . . . quamquam victi empores reversuri sunt ad eum qui distraxit.

Einrede, wenn Verkäufer sich bereit erklärt hat, den Streit selbst auf sich zu nehmen, als besässe er noch die Sache.[1])

So die Ansicht von Dernburg, S. 95, 96, 99, 100; Sintenis B. III, § 574 n. 16; Windscheid III. § 612 n. 15.[2]) Eine grosse Anzahl von Juristen versagen dem Käufer in allen Fällen die exc. praejud., und da ihre Ansicht mit der Lesart der Florentina und Basiliken unverträglich ist, griff man zu willkürlichen Emendationen[3]) und schliesslich zu der Annahme einer Corruption der Stelle durch ein Einschiebsel Tribonians.[4])

Die Gestattung der exc. praejud. enthalte einen Bruch in das Princip der Absolutheit des Eigenthums, und die übermässige Begünstigung des redlichen Besitzers auf Kosten des Erben widerspreche dem Geist des Senatus consults. In l. 25 § 12—14 sei ja hervorgehoben, dass der redliche Besitzer den Schaden, den er in Anlass des Erbschaftsbesitzes an seinem Vermögen erlitten, nicht vergütet erhält. — Freilich ersetzt der Erbe nicht jeden anlässlich des Besitzes der Erbschaft an Privatvermögen verursachten Schaden. Folgt aber daraus, dass der Besitzer jeden derartigen Schaden zu tragen hat? Keineswegs. Soll doch der Erbe nach l. 17 h. t. die Zahlungen ersetzen, wenn der redliche Besitzer unverbindliche Legate aus seinem eigenen Vermögen entrichtet hat. Und als Grund der Entscheidung hebt Gaj. — was schwer ins Gewicht fällt — die sententia SC. Juvent. hervor.

Die Gegner berufen sich ferner darauf, dass die Quellen direct eine Klage gegen den Successor eines gutgläubigen Besitzers zulassen, so in l. 13 § 4 und l. 16 § 7 h. t. — Ueber die erste Stelle vergl. unten S. 36 n. 1. In l. 16

[1]) Denn dann liegt wieder ein Erbschaftsstreit vor, und es ist keine Singularität, wenn jetzt dem verklagten Käufer gestattet wird, die rei vindicatio mit der exc. quod. präjud. zu elidiren.

[2]) In dieser Note finden sich die weiteren literarischen Nachweise.

[3]) Faber emendirt das nisi (emptores regressum . .) in etsi; Holaender liest licet, vertheidigt von Francke S. 309; Bolze schlägt in Arch. f. civ. Pr. LVII. S. 272–274 die Lesart nisi heres statt emptores vor.

[4]) Theodor Mommsen behauptet, nisi emptores regressum . . . sei ein Glossem.

§ 7 ist der Fall erörtert, wo der eingesetzte Erbe aus einem Testament, dessen Nichtigkeit ihm unbekannt war, den Fideicommissar und die Legatare durch Verkauf von Erbschaftssachen in Geld befriedigt hat. Die Gegner beziehen die Schlussworte et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare auf den Käufer der Erbschaftsstücke und finden darin die Motivirung der beschränkten Haft des redlichen Besitzers auf blosse Cession der condict. indeb. Der Erbe könne sich nämlich schadlos halten durch Anstellung von Einzelklagen gegen die Käufer der Erbschaftsstücke. Diese Interpretation ist durchaus irrig. Zunächst leuchtet ein, dass die angebliche Begründung der beschränkten Haft zum mindesten sehr gesucht wäre.

Viel näher läge doch dann die Motivirung in der Vorschrift des Senatusconsults, wonach der redliche Besitzer nur auf die Bereicherung haftet, die eben hier in der condict. indeb. des Besitzers besteht. Ja, wenn auch die Sachen in der Hand des Dritten untergegangen wären, so würde sich gleichwohl die Prästationsverbindlichkeit des Putativerben nicht über die Cession der condict. indeb. hinaus erstrecken. [1])

Wenn ferner die Gegner dem Erben ausser dem Anspruch auf Cession noch eine Klage geben gegen die Käufer der Erbschaftsstücke, so übersehen sie, dass der Erbe mit der Annahme der cedirten condict. indeb. die vom redlichen Besitzer gemachten Veräusserungen ratihabirt hat, und dass aus diesem Grunde die rei vindicatio mit der exc. doli geschlagen werden würde.

Im Falle ad b, wo der Erbe die Bereicherung (pretium quodcumque illud) bereits erhalten, wird dem Käufer wider die rei vindicativ des Erben die exc. doli gegeben. [2])

5. Was die Restitutionspflicht des redlichen Erbschaftskäufers angeht, so nimmt derselbe nicht die Rechtsstellung des pro herede poss. ein.

---

[1]) Ueber den wirklichen Sinn der lex cit. vergl. Dernburg S. 101, 102.
[2]) Denn in der Annahme der Bereicherung liegt ein Verzicht auf weitere Verfolgung des Eigenthums.

a. Gegenüber dem klaren Wortlaut der l. 13 § 4 h. t. ist es unzweifelhaft, dass der Erbe die Wahl hat, die hered. pet. directa gegen den pro herede poss. auf die Bereicherung, oder die hered. pet. utilis gegen den Käufer anzustellen. Letzterem wird also die exc. quod. praejud. versagt.[1])

b. Dem redlichen Erbschaftskäufer ist aus inneren wie aus äusseren Gründen die Rechtsbegünstigung eines gutgläubigen titulirten Besitzers zuzuerkennen. Die Quellen sprechen zwar diesen Satz nicht direct aus; es führt aber einmal die Billigkeit dahin, dem Käufer einer Erbschaft die Rechtsvortheile eines redlichen pro emptore poss. zu belassen und ihn besser zu behandeln wie einen Putativerben. Denn der emptor hereditatis hat bona fide sein Geld hingegeben und besitzt auf Grund eines Rechtstitels, während der redliche Erbschaftsbesitzer ohne Vermögensaufopferung in den Besitz gelangte und für diesen nur anzuführen vermag — den Irrthum. Sodann rechtfertigt das praktische Bedürfniss eine abweichende mildere Behandlung des emptor hereditatis. Viel Schwierigkeit böte die Herausrechnung der Bereicherung, falls sich dieselbe nach den Regeln der pro herede possessio bestimmte. Es käme dabei in Betracht die Differenz des gezahlten pretium und des Werthes der Sache, die rechtliche Möglichkeit, vom Verkäufer Schadenersatz zu verlangen, aber auch billigerweise die faktische. Endlich bieten auch die Quellen einen gewissen Anhalt in

l. 2. C. h. t.

Es handelt sich dort um Fruchtrestitution eines gewissen Musaeus, der Munceratis bonorum partem dimidiam vom eingesetzten Erben gekauft hat. Die Schlussworte lauten: fructibus autem augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a

[1]) Die abweichende Behandlung des Erbschaftskäufers erklärt sich daraus, dass beim Verkauf von Erbschaften gewöhnlich durch Hinzufügung der Klausel: ut neque amplius neque minus juris emtor habeat quam apud heredem futurum esset. l. 2. pr. D. 18, 4 ein pactum de non praestanda evictione geschlossen und daher in den seltensten Fällen das Interesse des verkaufenden Putativerben geschädigt wurde (Fabricius S. 189). Die analoge Ausdehnung der Bestimmung der lex cit. auf den Käufer einer einzelnen Sache scheint somit sehr bedenklich.

quo peti potest. Emtor autem qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur.

Donellus versteht die Stelle von einem Käufer, der einzelne Erbschaftsgüter zu einer ideellen Quote erstanden hat. Als Käufer einzelner Erbschaftsstücke ist er mit der hered. pet. nicht belangbar, und so muss Donell. das etiam singularum rerum; .... übersetzen: der Käufer hafte nur mit der rei vindicatio. Dass die Uebersetzung des etiam mit »nur« schweren sprachlichen Bedenken unterliegt, leuchtet ein. Aber ebenso ist unrichtig, das Wort bona auf einzelne Erbschaftsstücke zu beziehen. Bona bezeichnet vielmehr hier wie an vielen anderen Stellen ein Vermögen als Ganzes, und in den Schlussworten dürfen wir sehr wohl mit Francke S. 168, 169 den Ausdruck des Gedankens finden, dass die Haft des redlichen Erbschaftskäufers sich nach den Regeln der Singularklage bestimme. Wir kommen mithin zu dem Resultat, dass, wenn dem Erben gegen den Erbschaftskäufer die hered. pet. utilis gegeben wird, man den Erben der Unbequemlichkeit überheben wollte, eine Menge Einzelklagen anzustellen, dass man aber damit den Erbschaftskäufer der Haft des pro hered. poss. nicht unterwarf. Im Einzelnen hat also der emptor hereditatis den Fruchterwerb des titulirten Besitzers, das Recht der Ersitzung von Erbschaftssachen, und die Bereicherung, die auch er herauszugeben schuldig ist, begreift nicht die ersparten Werthe.

III. Der mal. fid. poss. haftet vor der Ladung für dolus und culpa.

1. Bei Verschlechterung von Erbschaftsstücken besteht der dolus in jeder auf die Verschlechterung gerichten Handlung, bei veräusserten, consumirten oder vernichteten Sachen in der wissentlichen Entäusserung. Die Form der Entäusserung und das weiter zurückliegende Motiv ist also für den Begriff des dolus unwesentlich. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Handlung in einem wissentlichen Thun oder Unterlassen besteht.

2. Der unredliche Besitzer wird ferner wegen der Minderung des Bestandes der Erbschaft verantwortlich, wenn

der Schade seinen Grund hat in dem Mangel der pflichtgemässen Aufmerksamkeit. So haftet er, wenn Erbschaftssachen durch unvorsichtige Behandlung beschädigt werden oder zu Grunde gehen l. 31 § 3 h. t.; oder wenn er verabsäumt, reparaturbedürftige Sachen auszubessern oder der Kultivirung von Aeckern und Gärten die nöthige Sorgfalt zuzuwenden.

l. 54 § 2. h. t.

Dagegen kann es ihm zur culpa nicht zugerechnet werden, wenn er Erbschaftsforderungen einzuziehen unterliess und das Geld dadurch verloren gegangen ist.

l. 31 § 4 h. t.

Den Grund giebt die lex cit. in den Worten an: cum actionem non habuerit: damit steht in scheinbarem Widerspruch die l. 25 § 2 h. t., wo die Unterlassung der Einkassirung von Erbschaftsschulden in das Gebiet der culpa verwiesen und dem unredlichen Besitzer somit das Recht der Klage gegen Erbschaftsschuldner gegeben wird. Die Frage ist daher die, in welchem Fall hat der unredliche Besitzer das Recht, gegen die Erbschaftsschuldner klagend vorzugehen?

Die Glosse giebt es dann, wenn der in einem formell gültigen Testament eingesetzte Erbe die erfolgreiche Anfechtung desselben durch querela inof. test. voraussehen musste. Auf Grund der Scholien und Basiliken bezieht Francke S. 278 die Befugniss des unredlichen Erbschaftsbesitzers, Klagen gegen Schuldner der Erbschaft anzustellen, auf den bonorum poss., der sich in dem eingewiesenen Besitz der Erbschaft behauptete, trotzdem er das bessere Erbrecht eines Dritten und dessen Erbschaftsantritt kannte. Darnach werden wir auch heut dem gerichtlich eingewiesenen unredlichen Besitzer die Befugniss zu Schuldklagen geben und ihn wegen unterlassener Klageanstellung haftbar machen, falls er absichtlich Erbschaftsschulden, obgleich deren Realisirung Gefahr drohte, einzuklagen verabsäumt.

3. Hat der Beklagte vor der Ladung durch seine Nachlässigkeit den Verlust von Erbschaftsstücken herbeigeführt,

so kommt es bezüglich der Prästationsverbindung darauf an, ob er noch zur Zeit der Ladung Erbschaft in Händen hat oder nicht. Im ersteren Fall trifft ihn die Haftpflicht, im letzteren ist er frei. Dies ist freilich sehr bestritten (cfr. Windscheid B. III § 612 n. 12 und B. I § 193 n. 13), folgt aber daraus, dass die Quellen die Haftpflicht des fictus possessor gleichsam als Anomalie aus dem Gesichtspunkte des dolus rechtfertigen und damit die abweichende Behandlung des culposen Sachverlustes kennzeichnen.[1])

4. Eine grosse Anzahl von Juristen (citirt bei Windscheid B. III § 612 n. 12 in f.) geht noch weiter und bürdet dem malae fidei possessor schon für die Vorprozesszeit die Gefahr auf. Hauptvertreter dieser Ansicht ist Neuner.[2]) Er hält die scharfe Haftung des mal. fid. poss. für eine Neuerung des SC. Juvent. Zum Beweis dafür beruft er sich auf l. 20 § 11 h. t. Die citirte Stelle beschäftigt sich aber gar nicht mit der Haft der Vorprozesszeit, sondern fixirt nur den Zeitpunkt der verschärften Haft. In der von Neuner citirten l. 25 § 7 h. t. ist die Rede von der Haft des mal. fid. poss. für dolus in der Zeit vor der Litiscontestation. Diese Stelle lässt sich eher gegen Neuners Auffassung verwerthen. Denn man fragt sich billig, zu welchem Zweck der Jurist die Haftung des bösgläubigen Besitzers für dolus hervorhebt, wenn letzterer schon den casus zu prästiren hat? — Die Gegner führen ferner l. 20 § 21 h. t. an. Darnach soll der unredliche Besitzer, wenn er ein Erbschaftsstück veräussert, und dasselbe in der Hand des Käufers untergegangen ist, den objectiven Sachwerth (oder nach Wahl des Erben das pretium) leisten. Auch aus dieser

---

[1]) Die Gegner, welche in allen Fällen eine Haftverbindlichkeit wegen culposen vor der Ladung herbeigeführten Besitzverlustes statuiren, stützen sich auf l. 25 § 2, l. 31 § 3 h. t. und auf l. 45 D. 6, 1. Die ersten beiden Stellen setzen keinen Besitzverlust der Erbschaftsstücke voraus, sondern sprechen von der Verschlechterung derselben. Noch weniger wird die gegentheilige Ansicht durch l. 15 D. 6, 1 bewiesen, wo das Streitobject zur Zeit der Ladung noch vorhanden ist. cfr. Wetzell, Vindicationsprozess, S. 208.

[2]) Neuner, Privatrechtsverhältnisse. cfr. besonders S. 188 n. 3.

Stelle lässt sich eher ein Argument gegen als für die gegnerische Ansicht entnehmen. Der bösgläubige Besitzer haftet sonst, wo ihm die Restitution durch eigene Schuld unmöglich ist, auf das volle Interesse. In dem in der lex. cit. supponirten Fall wird die Rückerstattung des Streitobjects durch Schuld des Beklagten unmöglich. Warum aber trotzdem die beschränktere Haftung auf das verum pretium? Für den casus, der die Sache in seinem Besitz trifft, steht er gar nicht ein. Nur wegen des dolus, der in der Veräusserung liegt, verurtheilt ihn das Gesetz zur Zahlung des objectiven Werthes der verkauften Erbschaftssache. Vielmehr ist umgekehrt der Satz, dass der mal. fid. poss. vor erhobener Klage von der Gefahr befreit ist, direct ausgesprochen in l. 62 pr. D. 6, 1, wo Papinian den bösgläubigen Besitzer eines Schiffes haftbar macht, wenn er unterlässt, aus dem Schiff den Miethszins zu ziehen, und die Begründung hinzufügt: quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet.[1])

5. Inhaltlich geht der Anspruch des Erben bei Veräusserung von Erbschaftssachen auf das erlangte pretium resp. auf Cession der actio venditi, daneben in der Regel nach alternativer Wahl des Klägers auf das volle Interesse. In vielen Fällen aber concurrirt mit dem Kaufpreis nur der objective Sachwerth, in manchen andern Fällen endlich ist der Anspruch des Erben auf den Kaufpreis resp. auf die Forderung aus dem Kaufvertrag beschränkt.

a. Nach dem SC. Juvent. soll der fictus possessor auf die Sache resp. das Interesse haften. Hieran knüpft Ulpian in l. 20 § 12 u. 16 den Zweifel, ob der mal. fid. poss. alternativ auf den Kaufpreis belangt werden könne. Gestützt auf ein Rescript des Kaisers Severus (l. 1. C. 6, 35), gibt Ulpian dem Erben die Wahl, auf die Sache oder den Kaufpreis zu klagen, wenn die Veräusserung im Interesse der

[1]) Die lex cit. spricht freilich nur von der rei vindicatio. Aber die Uebertragung ihrer Bestimmung auf die hered. pet. unterliegt keinem Bedenken.

Erbschaft lag. Weiter wie Ulpian geht Paulus, indem dieser dem Erben ein unbedingtes Wahlrecht einräumt[1]).

l. 22. u. l. 36 § 3 h. t.

Darnach kann also die Forderung des Erben über sein Interesse hinausgehen, wenn der Kaufpreis dasselbe übersteigt oder die verkaufte Sache in den Händen des Erben untergegangen wäre.

l. 33 § 1 u. l. 36 § 3 h. t.

b. Sind Erbschaftsstücke unter dem Realwerth verkauft worden und beim Käufer in einer Weise zu Grunde gegangen, wie sie auch beim Erben untergegangen wären, so ist die Wahl des Klägers beschränkt auf den Kaufpreis und den objectiven Sachwerth.

l. 20 § 21, l. 33 § 1, l. 36 § 3 h. t.

c. Wenn die Veräusserung einer Sache nöthig oder an sich zweckmässig war zur Erhaltung oder Mehrung der Erbschaft, so braucht nur das dafür Erlangte restituirt zu werden. Der Besitzer ist also nicht schuldig, den etwaigen höheren Sachwerth zu leisten. Als Beispiele führen die Quellen an Veräusserung zur Bezahlung von Erbschaftsschulden: l. 20 § 2 h. t., zur Bestreitung der Kosten für die Reparatur baufälliger Sachen: für die Bestattung des Erblassers oder Erhaltung des zur Erbschaft gehörigen Gesindes: l. 5 pr. h. t., den Verkauf von unnützen Sachen, deren Aufbewahrung überflüssige Kosten verursacht: l. 20 § 12 u. 16, l. 33 § 1 h. t.

---

[1]) Paulus motivirt in l. 36 § 3 in f. die Haftung des fictus possessor auf den Kaufpreis mit den Worten: sed. non est dubium quin non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor. Richtiger als diese philosophische aus dem Geiste des Senatusconsult geschöpfte Begründung ist die Motivirung, dass diese alternative Haft schon vor dem Senatusconsult Rechtens war (l. 18 pr. h. t.) und dass daraus, dass diese Bestimmung keine Aufnahme fand in den fragmentarisch die Prästationspflicht normirenden Senatsbeschluss, die Antiquirung nicht gefolgert werden darf. Die Begründung des Paulus ist überdies um deswillen ungenau, weil die Prästationen des bonae und malae fidei poss. in Bezug auf den Kaufpreis bedeutend differiren, indem jener die blosse Bereicherung, dieser den ganzen erhaltenen Kaufpreis herauszugeben hat.

6. Die schonende Rücksicht, die der richtigen Meinung nach der Putativerbe erfährt, wenn ein Erbschaftsstück an seinen regressberechtigten Rechtsnachfolger gelangt ist, cessirt beim fictus possessor.

a. Dem Erben ist gestattet, gegen den fictus possessor zu klagen unbeschadet seiner Specialklagen gegen den wirklichen Besitzer.

l. 13 § 14 h. t. u. l. 95 § 9 D. 46, 3.

Trotzdem die citirten leges in deutlichen Worten die Specialklagen dem Erben vorbehalten, will doch dieselben eine grosse Anzahl von Juristen abschneiden[1]), theils aus einem ungerechtfertigten Billigkeitsgefühl, theils auf Grund missverstandener Quellenstellen und falscher Analogien. Die Klage gegen den dritten Besitzer wird unbedingt zugelassen, weswegen wir mit Sintenis B. III. S. 573 n. 15 die Ausnahme, die Glück für den Fall vertheidigt, dass der fictus poss. dem Käufer regresspflichtig ist, ablehnen.

b. Der fictus poss. ist aber mit der hered. pet. nicht haftbar, wenn der Besitzer zur Restitution der Sache bereit ist, ja sogar si paratus sit judicium pati: l. 13 § 14 h. t. In diesem Falle kann der Erbe höchstens den Ausfall, soweit sein Interesse durch die Rückerstattung der Sache nicht gedeckt ist, nachfordern . . . . . et magis evanescere ait nisi interest l. 13 § 14 h. t. Es fragt sich aber, was man unter judicium pati paratus zu verstehen hat. Die Worte müssen mehr umfassen als die Bereitwilligkeit, sich verklagen zu lassen, da ja die Uebernahme der Verklagtenrolle unabhängig ist von dem guten Willen des Besitzers. Glück B. VII. S. 529 und Francke S. 182 verstehen daher mit Recht das paratus von der factischen Möglichkeit, den Besitzer ebenso bequem zu belangen, wie den fictus possessor.[2])

[1]) Die Controverse behandelt näher Glück B. VII. 530—533.

[2]) Man bemüht sich vergeblich, die verschiedene Behandlung der Fälle sub a und b auf ein gemeinschaftliches Prinzip zurückzuführen. Im Fall ad a trägt die Haftpflicht des fictus poss. den Charakter einer Pönalklage, im Fall ad b dem Charakter einer Interessenforderung. Letzteres tritt namentlich in l. 95 § 9 D. 46, 3 scharf hervor, wo Papinian sagt: si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest.

7. Die Erben desjenigen, welcher vor der Litiscontestation den Besitz dolo malo aufgegeben, haften auf die Bereicherung. Zwar ist dies nicht quellenmässig für die hered. pet. bezeugt; es folgt aber aus der Analogie des bei der rei vindicatio geltenden Rechtssatzes, wonach die Erben des fictus poss. restituere coguntur quanto locupletes ex ea re facti fuerint: l. 52. D. 6, 1. Wer die hered. pet. für eine persönliche Klage hält, muss natürlich die herangezogene Analogie verwerfen und den Erben auf Grund der l. 3 § 7 D. 3, 5 in demselben Umfang[1]) wie den Erblasser haftbar machen.

IV. Nach der Ladung haftet der redliche Besitzer für Arglist und Nachlässigkeit, der unredliche auch für den casus.

1. Der redliche Besitzer muss sich jetzt zum Bewusstsein bringen, dass er möglicherweise im Process unterliegt und zur Herausgabe verurtheilt wird. Er ist daher bezüglich der Erbschaft für die Zeit des Prozesses zur Diligenz verpflichtet.[2])

2. Die Haft des bösgläubigen Besitzers wird durch die Ladung auf casus gesteigert: l. 40 pr. h. t. Die Oratio Hadrians, in welcher die Einführung des SC. Juvent. beantragt wird, enthielt die Bestimmung: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petiit, restituta esset hereditas. Einige römische Juristen deducirten daraus die gleiche auf casus gehende Haftpflicht des redlichen Besitzers. Paulus dagegen erblickt darin keine Norm für die Zuweisung der Gefahr, sondern bezieht diese Bestimmung auf den Umfang des heraus-

[1]) So in der That Fabricius S. 194. Dagegen Arndts S. 70—75.

[2]) Dies drückt Ulpian in l. 20 § 11 und l. 31 § 3 h. t. ungenau aus, wenn er sagt, der redliche Erbschaftsbesitzer incipit malae fidei possessor esse resp. et ipse praedo est. Denn die Beschaffenheit des Bewusstseins ist eine innere Thatsache, die aus den concreten Umständen gefolgert und erkannt werden muss, und man käme schliesslich zu einer Praesumtion des dolus, wollte man allgemein mit dem Beginn des Rechtsstreites eine Umwandlung der bona fides annehmen. Genauer hat Ulpian die an die Ladung geknüpfte Schärfung der Haft in l. 25 § 7 bezeichnet, indem er dort sagt, die redlichen Besitzer hafteten quasi praedones.

zugebenden Erwerbs, der während des Prozesses aus und mittelst der Erbschaftsstücke gemacht wird. Für die Zuweisung der Gefahr zieht Paulus den Gesichtspunkt der subjectiven mora[1]) heran und erklärt daraus die dem onerosen Schuldner analoge Haftung des Besitzers, der trotz der Ladung die Restitution unterlässt. — Ob der bösgläubige Erbschaftsbesitzer in allen Fällen die Gefahr zu tragen hat oder nur dann, wenn der Erbe die Sache vor dem Untergang oder der Verschlechterung verwerthet hätte, ist streitig.[2])

§ 9.

Haftung des Verklagten für Früchte.

Auf die Früchte, die civilen wie die naturalen, kommen die gleichen Grundsätze zur Anwendung wie auf die Hauptsache. Vor der Ladung haftet der bon. fid. poss. für fructus percepti in Höhe der Bereicherung. Der mal. fid. poss. muss sie ihrem ganzem Umfang nach restituiren. Als Erbschaftsstücke sind die Früchte herauszugeben etsi petitor eos percepturus non fuerat: l. 56 h. t. Dasselbe gilt von gezogenen Zinsen. Die Haftung für dolus und culpa tritt vornehmlich in folgenden Anwendungen hervor.

I. Was die naturalen Früchte angeht, haftet der unredliche Besitzer

1. vor der Ladung für dolus und culpa: l. 25 § 4 h. t. Die gleiche Haftpflicht trifft den redlichen Besitzer nach der Ladung. Die culpa wird hier häufig in einem Unterlassen der Fruchtbestellung oder der Einsammlung vorhandener Früchte bestehen.[3]) Dabei wird ihr Verhalten ge-

[1]) Wie schon öfter erwähnt, spricht Paulus aus demselben Gesichtspunkt den bonae fidei possessor von der Haftung für casus frei, weil man dem, der im festen Glauben an sein gutes Recht ist, sofortige Restitution nicht ansinnen dürfe: l. 40 pr. h. t.

[2]) Die nähere Untersuchung der Frage gehört in die Lehre von der mora.

[3]) Heimbach beschränkt in seiner Lehre von der Frucht S. 171—178 die Verbindlichkeit des Besitzers zur Fruchtgewinnung auf das Einsammeln schon vorhandener Früchte und leugnet damit einen Ersatzanspruch wegen unterlassener Fruchtbestellung. Dass aber diese Auffassung aus Gründen der Billigkeit und wegen entgegenstehender Quellenaussprüche zu verwerfen ist, hat Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band VI. S. 116 und 117 überzeugend dargethan.

messen mit dem Massstab der Handlungsweise eines ordentlichen Hausvaters.

l. 25 § 4, h. t.

2. Ein lebhafter Streit dreht sich um die Frage, ob nach der Ladung zur Beurtheilung der Fahrlässigkeit auf das gewöhnliche Verhalten des Beklagten oder das des Klägers oder endlich objectiv auf die Handlungsweise eines bonus pater familias zu sehen sei. Den Vorzug verdient wohl die Ansicht von Windscheid B. III. § 612 No. 3 n. 23, der die Frage aus dem Gesichtspunkt der rechtswidrigen Verzögerung entscheidet. Alsdann muss der unredliche Besitzer (aber nur dieser) für alle Früchte Ersatz leisten, die der Erbe zu ziehen in der Lage war.

II. Auch die Zinsenhaftung unterliegt den vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen:

1. Vor der Ladung braucht weder der gutgläubige noch der bösgläubige Besitzer Zinsen zu zahlen von dem für veräusserte Erbschaftsstücke erhaltenen Kaufpreis, einkassirten Erbschaftsschulden oder vorgefundenen Erbschaftsgeldern.

a. Ausgehend von dem irrigen Grundsatz, dass der mal. fid. poss. sofort in Verzug komme, bürdete ihm die Glosse schon vor Beginn des Prozesses die Zinspflicht auf. Sie übersah dabei, dass ihre Lehre in Widerspruch steht mit l. 1. C. 6, 35, wo der Zeitpunkt der Zinsenhaft auf den Streitbeginn fixirt ist.

b. Der bösgläubige Erbschaftsbesitzer ist vor der Ladung liefreit von der Zinshaft aus Erbschaftsgeldern, die er unberührt liegen lässt. l. 20 § 14 h. t. Dieser Satz enthält eine Scheinausnahme von dem Princip, dass der unredliche Besitzer vor der Ladung für culposes Unterlassen haftet. Wie er nämlich verantwortlich ist für vernachlässigte Fruchtziehung, so könnte man eine Ersatzverbindlichkeit auch für verabsäumte Nutzbarmachung von Erbschaftsgeldern anzunehmen geneigt sein. Aber in der Unterlassung der verzinslichen Anlage von Erbschaftsgeldern liegt keine culpa, weil der unredliche Besitzer schon vor der Ladung die Gefahr des Kapitals trägt: l. 62 pr. D. 6, 1. — Die Zins-

befreiung greift Platz bei allen in der Erbschaft vorgefundenen Geldern, und es ist unrichtig, dieselbe auf Gelder zu beschränken, die der Testirer als Nothpfennig zurückgelegt hat.[1]) Hat aber der unredliche Besitzer die Erbschaftsgelder im eigenen Interesse verwendet, so muss er nach den bei bonae fidei actiones[2]) geltenden Grundsätzen gesetzliche Zinsen von der Zeit der Verwendung an zahlen. So, wenn er damit eigene Schulden getilgt oder Liberalitäten geübt oder Erbschaftsgelder ausgeglichen hat. Im letzten Fall wird dem Erben die Wahl gegeben, mit der Cession der Forderung die empfangenen Zinsen zu verlangen — dann trägt der Erbe die Gefahr des Kapitals — oder das Kapital mit den von dem Moment der Ausleihung an laufenden gesetzlichen Zinsen. Nicht darf der Erbe, wenn er das Kapital wählt, Ersatz für die gezogenen Zinsen beanspruchen, da diese als Aequivalent für die Gefahr des Kapitals der Besitzer lucrirt: l. 30 h. t.

2. Nach der Ladung steht

a. der unredliche Besitzer ein für die landesüblichen (gesetzlichen) Zinsen oder nach Wahl des Klägers für die höheren Zinsen, die der Erbe aus dem in der Erbschaft vorgefundenen Kapital hätte ziehen können, cfr. oben S. 45. Das gleiche gilt von jedem[3]) in Geld bestehenden Erbschaftsstück.

b. Die Zinspflicht des redlichen Besitzers normirt das SC. Juvent. mit den Worten: placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis observandum.[4])

---

[1]) So Francke S. 273 gegen Savigny, der die Worte des lex 62 pr. Cit. auf den beiseite gelegten Sparpfennig beschränkt.

[2]) Die hered. pet. unterliegt den Regeln der bonae fidei actio: l. 12 § 3 C. h. t.

[3]) Gegen Savigny, der die vom Erblasser als nothwendig zurückgelegten Gelder von jeder Zinsenhaft eximirt, vergl. Francke S. 275—278.

[4]) Im Zusammenhang mit der falschen Auffassung, dass der bon. fid. poss. durch die Ladung in bösen Glauben versetzt werde und nunmehr in jeder Beziehung wie ein mal. fid. poss. hafte, legte ihm die Glosse vom Beginn des Prozesses an die Zinsverbindlichkeit auf. Damit setzte sie sich hinweg über die Thatsache, dass Grund der Zinshaft die mora ist und dass von derselben bei dem sein vermeintliches Recht vertheidigenden bon. fid. poss. keine Rede sein kann.

Darnach erstreckt sich die Zinsbefreiung auf das zur Zeit des Urtheils noch vorhandene pretium und similes causas. Letztere sind andere Geldsurrogate ursprünglicher Erbschaftsstücke. Das Senatusconsult schliesst damit aus die vorräthigen in der Erbschaft vorgefundenen Gelder. Für diese muss der redliche Besitzer im Fall der Unterlassung verwaltungsmässiger Anlage gesetzliche[1]) vom Beginn des Prozesses an laufende Zinsen zahlen. Hat er sie aber verzinslich ausgethan, dann geniesst er die Vergünstigung, sich durch Cession der Forderung zu liberiren.

I. 30 h. t.

3. Sind Früchte, deren Perzeption in die Prozesszeit fällt, verkauft worden, so gilt die Besonderheit, dass weder der redliche noch der unredliche Besitzer Zinsen aus dem erhaltenen pretium zu entrichten hat: l. 51 § 1 h. t.

§ 10.

C. Gegenansprüche des Verklagten.

Der Beklagte kann in Anrechnung bringen Verwendungen auf Erbschaftsstücke, Zahlungen an Erbschaftsgläubiger und seine eigenen gegen den Erblasser zuständigen Forderungen. Diese Ansprüche darf der Beklagte durch Retention resp. Compensation realisiren.

I. Jeder Besitzer ist bezüglich der Ersatzansprüche wegen Impensen um einen Grad besser gestellt als bei der rei vindicatio.

1. Die Verwendungen auf die Substanz der Sache darf

a. der redliche Besitzer, sofern sie vor der Ladung gemacht sind, sämmtlich, auch die impensae voluptuariae in Anrechnung bringen, selbst wenn die Sache resp. die

---

[1]) So Windscheid B. III. § 612 n. 25 in f. gegen Francke S. 230, der zu den similes causae auch die vorräthigen Erbschaftsgelder zählt; aber gewiss mit Unrecht. Bei dem von Francke unterstellten Sinn ist schwer begreiflich, warum das Senatusconsult nicht kurz allgemein mit ex pecunia hereditaria usuras non esse exigendas die Zinsbefreiung bezeichnet.

Verbesserung zur Zeit der Klage nicht mehr vorhanden ist: l. 38 und 39 h. t. [1])

b. Der unredliche Besitzer hat Anspruch auf Erstattung der nothwendigen und nützlichen Verwendungen, falls die Sache, worauf sie verwendet sind, noch existirt, und auch dann nur insoweit, als die Verbesserung noch vorhanden ist. Bezüglich der Luxusausgaben (supervacuae impensae) hat er das Recht der Wegnahme mit den bei der rei vindicatio geltenden Beschränkungen: l. 38, 39 h. t.

c. Für die nach der Ladung gemachten Ausgaben verengt sich der Ersatzanspruch des redlichen Besitzers zu dem des unredlichen aus dem im § 8, IV. 1 angegebenen Grund.

2. Die auf Fruchtgewinnung verwandten Kosten mindern den Betrag der herauszugebenden Früchte.

l. 36 § 5 h. t.

Letztere werden also nur soweit restituirt, als sie den Werth der Impensen übersteigen.

In der Gegenforderung bezüglich der Perzeptionskosten steht der unredliche Besitzer dem redlichen gleich, nur dass dieser letztere auch vergeblich gemachte Kulturkosten in Ansatz bringen darf: l. 37 h. t.

II. Verklagter ist berechtigt, Zahlungen an Erbschaftsgläubiger, der redliche Besitzer sogar Auszahlungen ungültiger Legate aufzurechnen.

1. Dem redlichen wie dem unredlichen Besitzer ist es gestattet, Zahlungen an Erbschaftsgläubiger, trotzdem der Erbe rechtlich Schuldner bleibt, in Anrechnung zu bringen.

a. Nach l. 31 pr. h. t. hat der redliche Besitzer das Recht, bei Herausgabe der Erbschaft Zahlungen an Erbschaftsgläubiger gegen Cession seiner cond. indeb. abzurechnen. Beschränkend fügt der Jurist hinzu: si habeat condictionem. Die condictio erwirbt aber der Besitzer in allen Fällen, wo er im eigenen Namen eine Putativschuld erfüllt. Es muss daher Fälle geben, wo der zahlende redliche Be-

[1]) Diese günstige Behandlung erscheint als Correlat seiner Verbindlichkeit, sämmtliche Früchte und Nutzungen in Höhe der Bereicherung herauszugeben.

sitzer keine conditio erwirbt, indem die bestehende Erbschaftsschuld getilgt und der Erbe liberirt wird. Eine solche Liberirung ist nur denkbar, wenn im Namen des Erben geleistet wird: l. 38 § 2 D. 46, 3; l. 19 § 1 D. 12, 6.

Und wenn African in l. 49 D. 3, 5 oder der Kaiser Caracalla in l. 5 C. h. t. eine Befreiung des Erben aus Zahlung des redlichen Besitzers statuirt, so müssen wir supponiren, dass im Namen des Erben erfüllt worden ist. Die Frage, in welchem Fall der Putativerbe keine condict. indeb. erwirbt, löst sich daher in die weitere Frage auf, in welchem Fall der redliche Besitzer im Namen des Erben zahlt? Schon die Glosse gab darauf die richtige Antwort: wenn er nach Anstellung der Erbschaftsklage erfüllt. Denn dann zahlt er für den Eigenthümer der Erbschaft, dessen Person demnächst durch das Urtheil festgestellt wird. Die Erbschaftsschuld, weil im Namen des zukünftigen Erben bezahlt, ist jedenfalls getilgt, und der Erbe somit bereichert, aus dessen Vermögen ja ein Debitum geschieden ist. Aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung steht daher dem Putativerben ein Ersatzanspruch zu. — Das Resultat ist also, dass der redliche Besitzer Zahlungen in der Prozesszeit ohne weiteres in Ansatz bringen darf, Zahlungen aus der Vorprozesszeit nur gegen Cession seines Rückforderungsrechts.

b. Aus dem nämlichen Grund müssen wir auch dem unredlichen Besitzer wegen Zahlungen während des Prozesses einen Ersatzanspruch einräumen, da er sie, die Eviction der Erbschaft voraussehend, im Namen des Erben und daher für diesen mit liberatorischer Kraft macht.

Vor der Ladung dagegen befreit der unredliche Besitzer den Erben keinesfalls. Denn er bezahlt die Erbschaftsschulden im eigenen Namen. Andererseits hat er in Kenntniss der Nichtschuld geleistet und darum erwirbt er gegen die befriedigten Erbschaftsgläubiger keine condict. indeb.

Der Erbe ist aber immerhin, wenn auch nicht juristisch, so doch factisch bereichert, indem nicht leicht die befriedigten Erbschaftsgläubiger ihren rechtlich bestehenden Anspruch

geltend machen werden, und wie daher freilich der völlige Ausschluss des Abrechnungsrechts die Billigkeit verletzen würde, so wäre doch auf der anderen Seite die unbedingte Gewährung desselben eine Prämie für die mala fides. Den beiderseitigen Interessen wird nun in der Weise Rechnung getragen, dass man dem unredlichen Besitzer die Abrechnung vergönnt; nur muss er dem Erben gegen etwaige Behelligung von Seiten der Gläubiger Kaution stellen: l. 31 pr. h. t. Greifen letztere den Erben an, dann wird der unredliche Besitzer den Prozess auf sich nehmen und die Gläubiger mit der exc. doli zurückschlagen: cfr. Windscheid B. III. § 613 No. 2 n. 5.

2. Zahlt der redliche Besitzer aus dem Erbschaftsvermögen an Nichtgläubiger, so trifft den Erben der Schade, wie ja dieser überhaupt vom redlichen Besitzer für die Verringerung der Erbschaft durch Handlungen der Vorprozesszeit keinen Ersatz verlangen darf. Wir sahen ferner, dass der bon. fid. poss. die Minderung seines Privatvermögens, zu der ihn der irrige Glaube, er sei Erbe, veranlasste, nicht vergütet erhält. Die Folge hiervon ist, dass der Besitzer selbst den Schaden trägt, wenn er aus seinem Vermögen an vermeintliche Erbschaftsgläubiger gezahlt hat: l. 20 § 18 in f. h. t.

Eine Billigkeitsausnahme wurde nur für den Fall zugelassen, dass der redliche Besitzer in der Vorprozesszeit ungültige, den Erben nicht bindende Legate ausgezahlt hat.

Sie dürfen nach l. 17. h. t. gegen Abtretung der cond. indeb. in Ansatz gebracht werden, selbst wenn der Besitzer die Rückforderung der Legate durch die Realkaution evicta hereditate legata reddi zu sichern unterliess.[1])

III. Der redliche Besitzer darf alle Forderungen gegen den Erblasser (auch die naturalen) compensando geltend

[1]) Den Grund der milden Behandlung führt Gajus in der l. 17 cit. zurück auf die Begünstigung des redlichen Besitzers gemäss des SC. Juvent. Admiiculirend kommt dafür wohl in Betracht, dass der Besitzer durch Erfüllung der Legate dem Willen des Erblassers gewillfahrt hat und dass dem Erben die Pietät gegen den Erblasser gebietet, den zahlenden Besitzer schadlos zu halten.

machen, der unredliche nur solche, deren Tilgung im Interesse des Erben liegt. Zur Aufrechnung derartiger Forderungen ist letzterer zugleich verpflichtet:

l. 31 § 1, 2 h. t.

1. Auf Grund der l. 14 C. 4, 31, durch welche lex Justinian die Compensation auch bei dinglichen Klagen für statthaft erklärte, leugnete man, dass in der citirten l. 31 § 1 u. 2 von einer Compensation die Rede ist. Einmal weist aber schon der Ausdruck deducere auf das Compensationsrecht beim bon. fid. jud. hin, andererseits war bei der hered. pet. schon lange vor Justinian die Aufrechnung Rechtens: l. 4 C. h. t.; cf. Francke S. 333.

2. In sehr engen Grenzen bewegt sich die Compensationsbefugniss des unredlichen Besitzers. Er darf von derselben nur zum Vortheil des Erben Gebrauch machen. Bei drückenden Schulden des Erblassers besteht für ihn sogar ein Compensationszwang: l. 31 § 1 h. t. Dem freien Abzugsrecht dagegen unterliegen Forderungen aus der Verpflegung des Erblassers, Krankheits- und Beerdigungskosten: l. 4 C. h. t.

IV. Jeder Besitzer hat ein Recht auf Abnahme der Verpflichtungen, die er im Interesse der Erbschaft eingegangen ist:[1]) l. 40 § 3 h. t. Hierher gehört auch die Bestimmung der l. 20 § 20 h. t. In dieser Stelle wird dem redlichen Besitzer das Recht gegeben, von dem auf das pretium klagenden Erben Kaution zu verlangen für den Fall etwaiger Evictionsleistung des Besitzers. Dass nun der Erbe selbst nicht evinciren darf, wenn er den Kaufpreis angenommen hat, zeigt l. 25 § 17 in f. h. t., und damit erweist sich die Interpretion von Schroeder S. 14, der die lex cit. auch auf die vom Erben ausgehende Eviction bezieht, als irrig. Es fragt sich aber dann, ob man an jede andere von einem Dritten ausgehende Entwehrung zu denken hat? Francke S. 251 verneint die Frage aus guten Gründen. Die Realisirung des Anspruchs auf das pretium würde dem

[1]) Aus dem Gesichtspunkt der Verwendung.

Erben erschwert, wenn nicht gar bei etwaiger Vermögensinsuffizienz illusorisch gemacht, wollte man in allen Fällen ein Gegenrecht auf Sicherstellung für den Fall der Eviction statuiren.

Zum richtigen Verständniss der Stelle ist festzuhalten, dass in den vorangehenden §§ 18 u. 19 dem Erben der Anspruch auf das pretium abgesprochen wird, falls die Sache evincirt und der Kaufpreis zurückgezahlt worden ist. Zweifel aber konnten entstehen, wenn die verkaufte Sache Gegenstand eines Vindicationsprozesses war oder zu werden drohte und nun der Erbe auf das pretium klagte. Mit dieser Frage beschäftigt sich unsere lex und entscheidet ganz consequent, dass das pretium zu restituiren ist gegen Cautionsleistung von Seiten des Erben, dass er im Fall der Eviction dem Besitzer den Kaufpreis zurückerstatten werde.

§ 11.
Die hereditatis petitio partiaria.[1])

In der bisherigen Darstellung gingen wir davon aus, dass auf Grund von Universalerbrecht geklagt wird. Dieselben Rechtssätze kommen zur Anwendung, wenn Kläger nur Theilerbrecht geltend macht. Sein Klagerecht ist unabhängig von dem Recht der anderen Miterben, unabhängig auch davon, was der Beklagte aus der Erbschaft besitzt: l. 1 § 1 h. t. Gleichgültig ist ferner, ob der Besitzer Universal- oder Miterbe zu sein behauptet, unter Bestreitung der Erbenqualität des Gegners resp. der Höhe des klägerischen Erbtheils, oder ob er schlechtweg, ohne für sich Erbrecht in Anspruch zu nehmen, dem Kläger die Aktivlegitimation bestreitet. Der Kläger muss aber den Theil, zu welchem er Erbe zu sein behauptet, bezeichnen und kann nur auf Herausgabe dessen klagen, was ihm nach seiner Portion gebührt, resp. auf Herausgabe des fehlenden Restes. Ihm steht gleich der gesetzliche Vermächtnissnehmer, die arme Wittwe und der geschlechtsunreife Arrogirte, den der Arrogator ohne recht-

[1]) Die Digesten handeln davon im B. V t. 4.

fertigenden Grund emancipirt hat, und die im § 2, II. genannten Personen.

I. Im Einzelnen ergeben sich folgende Complicationen.

1. Der Verklagte besitzt die Erbschaft als vermeintlicher Universal- oder Miterbe: l. 1 § 1 u. l. 8 h. t.

2. Den mehreren Besitzern, die nicht Erben sind, stehen gegenüber mehrere Erbprätendenten. Hier besitzt jeder der ersteren, was jedem der letzteren zu seinem Antheil gehört. Folglich darf jeder der Miterben wider jeden Besitzer auf Restitution seines verhältnissmässigen Antheils klagen: l. 1 § 2 h. t.

3. Eine positive Bestimmung greift Platz, wenn sich die Erbschaft in ungetheiltem Besitz eines Miterben und eines Nichterben befindet. Der nicht besitzende Miterbe soll alsdann von dem besitzenden Nichterben seinen Erbtheil vindiciren, vorausgesetzt, dass der besitzende Miterbe nicht mehr hat, als die ihm gebührende Portion beträgt.[1])

4. Bisher war nur die Rede von Fällen, wo der klagende Erbe nichts besitzt.

Wie aber, wenn Kläger zwar einen Theil der Erbschaft in Händen hat, aber nicht soviel, als er nach seinem Theilerbrecht beanspruchen darf? Unzweifelhaft kann er auf Ergänzung klagen, wenn sich der übrige Theil der Erbschaft im Besitz des Miterben oder eines Nichterben befindet. Ja, selbst, wenn die Erbschaft zu gleichen Theilen von Personen besessen wird, von denen jede zu $^1/_2$ instituirt ist, darf jede derselben, falls das Erbrecht gegenseitig bestritten wird, die Hälfte des gegnerischen Theiles fordern, da ja jeder von ihnen den ihm gebührenden Antheil thatsächlich nur zur Hälfte besitzt: l. 1 § 2 h. t.

5. Ist die Erbschaft im Besitz eines Miterben, der irriger Weise Universalerbe oder Erbe zu einem grösseren Theil zu

[1]) Aus dem oben sub 2 erwähnten Grund müsste consequenter Weise der Miterbe auch gegen den besitzenden coheres klagend vorgehen, wobei es diesem unbenommen wäre, gegen den besitzenden Nichterben weiter auf Ergänzung seines Erbtheils zu klagen. Und in der That finden wir diese folgerechte Ansicht in l. 1 § 3 cit. vertreten, die freilich Ulpian, dem Pegasus folgend, aus Nützlichkeitserwägungen ablehnt.

sein glaubte, so kann der nicht besitzende Miterbe nur vom Ueberrest[1]) seinen verhältnissmässigen Antheil einklagen.

l. 25 § 15 D. 5, 3; l. 6 pr. h. t.

II. Der Theilerbe muss die Quote, zu welcher er eingesetzt ist, bestimmt bezeichnen, er musste sich dann über die Grösse derselben in entschuldbarer Unkenntniss befinden. Entschuldbar ist dieselbe in folgenden Fällen:

a. Wenn mit dem Erben noch nicht geborene Miterben concurriren, so ist zu unterscheiden, ob nur eine schwangere Frau da ist, deren Geburt über die Concurrenz entscheiden soll, oder ob die Geburt mehrerer schwangeren Frauen abzuwarten ist. Im ersteren Fall soll man wegen der Möglichkeit, dass Drillinge geboren werden, drei Theile reserviren: l. 3 h. t. Im zweiten Fall darf der Richter, ohne dass der Kläger seine Erbquote bestimmt zu bezeichnen braucht, nach seinem verständigen Ermessen den Antheil des klagenden Erben bestimmen.[2])

l. 1 § 5 h. t.

b. Haben von mehreren Eingesetzten einige angenommen, während andere noch unentschlossen sind, dann wird es, wenn einer der Miterben klagend vorgehen will, so angesehen, als hätten die noch Unentschlossenen angetreten. Er kann also vorläufig nur den Theil, zu dem ihn der Erblasser berufen hat, einklagen, vorbehaltlich der Klage auf Restitution des ihm unwachsenden Erbtheils.

l. 2 h. t.

---

[1]) Denn von dem, was der Besitzer verzehrte, gehörte ein Theil dem Kläger und ein Theil dem Beklagten. Für den consumirten Theil des Klägers ist der redliche Besitzer nach dem SC. Juvent. von jeder Haftung frei. Es wird juristisch so angesehen, als habe der Kläger den vom Beklagten consumirten Theil selbst verzehrt. Der somit verbleibende Rest bildet daher zur antheilsweisen Quote den Gegenstand der Erbschaftsklage.

[2]) Einen anderen Unterschied zwischen l. 3 und l. 1 § 5 cit. statuirt Glück B. VIII. S. 8, 9. Nach ihm sind im Sinn der lex 3 cit. nur die Kinder einer schwangeren Wittwe des Erblassers privilegirt.

Die Werke:

Arndts, Beiträge B. I. 1837.

Fabricius, Rhein. Museum B. IV. 5 S. 165 ff. 1833.

Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis petitione, 1864.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, B. VI. 1847.

Schroeder, Das Commodum bei der Erbschaftsklage, 1876.

Dernburg über das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen, 1852.

Sintenis, Das heutige römische Civilrecht B. III. 1851.

Vangerow, Pandekten B. II, 1854.

Windscheid, Pandektenrecht, 1879

sind nur mit dem Namen ihrer Verfasser citirt.

Lebenslauf.

Ich, Emanuel Cohn, jüdischer Religion, Sohn des früheren Kaufmanns Salomon Cohn und seiner Ehefrau Auguste, geb. Friedländer, bin am 22. Mai 1860 zu Grottkau geboren, war Schüler des Gymnasiums zu Oppeln in den Jahren 1870—1879 und studirte darauf sechs Semester auf der Breslauer Universität Jurisprudenz. Ich hörte: Brentano, Brie, Eck, Gierke, Gitzler, Regelsberger, Rosin, Schwanert, Seuffert, v. Stengel.

Am 18. November 1882 bestand ich die Referendariats-Prüfung und trat am 1. Dezember 1882 in den Staatsdienst ein.

Thesen.

1. Ein Vertrag, wodurch der Verpfänder dem Gläubiger verspricht, das Pfandobject während der Dauer des Pfandrechts nicht zu veräussern, ist giltig und erzeugt Nichtigkeit des Verkaufs.
2. Für das Zustandekommen eines giltigen Gewohnheitsrechts verlangt das canonische Recht nicht eine bestimmte Zeitdauer der Uebung.
3. Bei dem Selbsthilfeverkauf im Fall des Art. 343 H.-G.-B. darf der Verkäufer im öffentlichen Verkaufstermin mitbieten und die Waare erstehen.